Monografías Jurídicas Universitas

MICHELE TARUFFO

La Prueba, Artículos y Conferencias



ÍNDICE

TEMAS

Presentación

Don Michele Taruffo es considerado el más célebre procesalista de nuestros días.

Por eso fue para nosotros motivo de admiración la sencillez con que el Profesor, atendiendo a la desesperanzada consulta con que le manifestamos nuestro interés en publicar sus artículos, nos contestó simplemente que lo hiciéramos, y que le parecía muy bien.

Todavía nos cuesta creerlo, ver corroborado lo que siempre se dice: las almas más elevadas, los hombres más sabios, suelen ser los más sencillos.

Gracias Profesor, por su amabilidad, y una gran lección.

Así, hemos seleccionado estos artículos, cada uno de los cuales entrega muchas enseñanzas, no sólo en los campos en que se le busca a él, al autor, también en su gusto y facilidad por el relato ameno, el conocimiento de las cosas del diario vivir, y la universalidad que él siente y vive de la ciencia que profesa. Lo invitan a pronunciar una charla, y sus afirmaciones, que no dejan duda alguna, con el mismo aplomo y detalle que en un discurso escrito, nos levantan al ánimo, ante la confianza de la persona que cree en lo que dice, y así también corroboramos que, quien habla con seguridad, abre caminos nuevos.

Estos artículos han estado a disposición de los estudiosos en revistas on line e impresas, pero algunos son poco conocidos en América, no

obstante su gran valor. Lo que hicimos fue reunirlos y ofrecerlos a la consideración de nuestros lectores, en la certeza de que levantarán el interés por esta manera de estudiar el derecho procesal.

Presentamos estos nueve artículos, que cubren diferentes fases del derecho procesal en su momento más trascendente, que es cuando toca la realidad física como es, y se sustenta en ella misma, como hace el pintor con la obra que pinta en la tela después de elaborarla en su imaginación, y de ello resulta una creación concreta que se puede ver, palpar y admirar.

El lector apreciará su frescura, como si estos temas no se hubieran tratado antes, porque el procesalista va directamente al meollo del asunto y remueve facetas escondidas e inesperadas, de las cuales puede depender el éxito o el fracaso de la gestión.

Sin duda, el realismo mostrado por don Michele Taruffo, es lo que le ha permitido llegar tan lejos, y dejarnos constantemente asombrados con sus exposiciones. Pareciera decirnos que el derecho procesal se puede tocar, además, con las manos.

Los Editores

PROLOGO

FRANCISCO JOSÉ PINOCHET CANTWELL*

Es para mí un honor presentar este libro del Profesor Michelle Taruffo, catedrático en Italia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pavía, de la cual es Profesor Ordinario de Derecho Procesal Civil y Director del Instituto de Procedimiento Civil Comparado de la misma Universidad, además de Profesor visitante en diversas e importantes Universidades como Cornell y Hastings, entre numerosas otras, y colaborador habitual en las revistas jurídicas de mayor difusión en el mundo.

Quienes hemos tenido la oportunidad de escucharlo, como fue el caso en nuestro país de aquellos que asistimos al seminario "La prueba de los hechos y la motivación de la sentencia: nuevas tendencias en materia procesal civil y laboral", que se realizó los días 28 y 29 de abril de 2008 en la Pontificia Universidad Católica de Chile, entendemos porqué su prestigio es tan acendrado como para llegar hasta los más vastos confines académicos. En efecto, su exposición docta y amena permite comprender en forma inmediata las razones por las cuales el Profesor Taruffo ha ganado a nivel mundial el prestigio que ostenta.

---

* Abogado. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ha sido Profesor de Derecho del Instituto de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de esta misma Universidad. En la actualidad es Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Andrés Bello. Es Autor del libro "El Derecho de Internet".

La obra del Profesor Taruffo que presentamos, por primera vez editada en nuestro país, llega a este en el momento más oportuno. En efecto, esta obra será un refrescante aporte para el debate que actualmente se desarrolla, con motivo de la elaboración de un Ante Proyecto de Código Procesal Civil, del cual ya hay incluso un proyecto de ley presentado para su aprobación en el Congreso.

Este libro está dirigido a toda la comunidad académica, a los profesores de Derecho Procesal Civil, a sus alumnos, a los jueces, a los abogados, investigadores, miembros de Institutos de Derecho Procesal Civil y legisladores y a todos quienes deben tomar parte en este debate. Para todos ellos resulta necesario conocer la posición del Profesor Taruffo si se quiere poder tener una opinión seria en este debate.

En efecto, el presente libro recoge una serie de trabajos del Profesor Taruffo, que se refieren a uno de los aspectos más importante del proceso como lo es la prueba. Es que, quizás después del principio de la bilateralidad de la audiencia, uno de los aspectos más esenciales del proceso, es la prueba, porque si existe un proceso es porque existe controversia y esta, a su vez, sólo pueden ser dirimida por el juez una vez acreditados los hechos que sirven de base a las pretensiones de cada parte.

De tal manera que la prueba, hace a la función esencial de la jurisdicción, como lo es aplicar el derecho en base a la verdad de los hechos acreditados en el proceso.

Entonces, que tengamos la oportunidad de conocer el pensamiento, de una de las mentes más destacadas en el campo de la prueba, es un privilegio para el lector.

Y resulta notable, por decir lo menos, que podamos constatar, directamente de su fuente, el pensamiento del Profesor Taruffo, evitando

el camino más largo de conocer su obra a través de la doctrina nacional y extranjera que, recurrentemente, cita su obra.

Entre estos temas, cuyo estudio resulta imprescindible, está el de la búsqueda de la verdad en el proceso. Para una parte importante de la doctrina, existen en el proceso dos verdades: una verdad exclusivamente "formal" o "legal" que es la verdad a la cual se puede aspirar y que se alcanza en el proceso, y una verdad "empírica", "histórica" o "material" que existe y puede ser establecida fuera del proceso, pero que resulta inalcanzable para el juez.

Para el autor, esta duplicación de conceptos de verdad es inútil y equivocada, porque no es cierto que en el ámbito del proceso se persiga una verdad cualitativamente distinta de aquella que existiría fuera del proceso. Lo que se persigue en el proceso es la mejor aproximación posible, basada en las pruebas que estén disponibles en el caso concreto, a la verdad "histórica" o "empírica" de los hechos.

Aclara también que esta verdad histórica o empírica, a su vez, no existe "en algún lugar extraño y lejos del proceso. Es, más bien, una suerte de ideal regulativo, un punto de referencia hacia el que se orienta la actividad de quien, en el proceso o fuera del mismo, tiene la función de averiguar los hechos", demostrando así, con claridad, el concepto de verdad procesal al cual debemos aspirar.

En consecuencia, no se trata de una verdad absoluta, sino de una verdad ligada al proceso, a la cantidad y calidad de las pruebas. Como el proceso tiene como finalidad la obtención de decisiones justas y la calidad de la decisión es importante, es vital verificar la veracidad de los hechos.

Por otra parte, en esta búsqueda de la verdad, el Profesor Taruffo plantea una posición propia, proponiendo un rol activo para el juez en

dicha tarea ya que, en su concepto, la iniciativa de las partes puede no ser suficiente para conducir al tribunal al hallazgo de la verdad de todos los hechos relevantes.

Con gran seguridad, y señalando que su opinión difiere de un importante sector de la doctrina, estima que nada asegura que el choque libre de las actividades probatorias en competencia de las partes hará, por sí solo, que el tribunal encuentre la verdad. De hecho, sostiene, "nadie puede razonablemente suponer que la verdad se encuentre, por definición, "contenida" en las aseveraciones de las partes, y que ella se verá develada únicamente en virtud de su afán competitivo". Incluso, "las partes pueden tener intereses convergentes en no desarrollar, respecto de los hechos relevantes, un análisis completo o una prueba global, o incluso más, pueden tenerlo en esconder algunos hechos de los ojos del tribunal".

Pero estas no son las únicas razones que justifican un activo rol del juez en la búsqueda de la verdad. Con razón señala el autor que "a menudo los litigantes no están en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, es decir, puede haber una parte "débil" (el trabajador, el consumidor, el pobre), que no está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba".

Para el Profesor Taruffo, el "peligro concreto es que la "verdad" sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante". Entonces, marcando una clara diferenciación de otras soluciones doctrinarias, el autor aboga por proveer a los tribunales con un rol activo en la clarificación y en la definición apropiada de las materias de hecho, y en la producción de prueba de propia iniciativa del tribunal, mucho más allá de la prueba

presentada por las partes, para lo cual, los tribunales son investidos con todas las facultades activas necesarias para jugar este papel.

Pero no es esta la única postura doctrinaria del autor, que resulta de particular interés analizar a la luz de las reformas procesales que vive nuestro país. Este libro va aún más allá. En efecto, existiendo ya un consenso generalizado en nuestro país, de que esta Reforma Procesal Civil debe fundarse en cuatro pilares fundamentales, como son la oralidad, la inmediación, la concentración y la publicidad, hemos de admitir que estamos recién familiarizándonos con las aspectos teóricos y las repercusiones prácticas de estos principios.

Hemos tenido la fortuna de conocer estos principios a través de nuestro actual sistema procesal penal, cuya implementación en los últimos años constituye sin duda uno de los avances más importantes en el Estado de Derecho en nuestro país, al punto que podemos decir que por fin existe un due process of law en esta área.

La inmediación y la oralidad, también han sido conocidas gracias a una reforma a nuestros tribunales de familia, la cual ha tenido algunas falencias en su implementación, que han opacado su brillo en el avance en esta rama del derecho. Sin embargo, nada de esto le ha restado mérito a la inmediación y a la oralidad en los procedimientos de familia.

A todo esto, agreguemos que la inmediación y la oralidad se inauguran también en los procedimientos laborales, encontrándonos aún expectantes de los beneficios que traerá a esta área del derecho, sólo porque la aplicación de esta reforma ha sido prevista en forma gradual y aún no rige en todo el territorio de nuestra República.

Entonces, nada resulta más pertinente que referirse a estos principios como ocurre en este libro, con el mérito de que el Profesor Taruffo lo

hace desde un ángulo distinto, con un aporte novedoso a la literatura y doctrina que ya conocemos sobre el particular.

Es así como, a propósito de la sana crítica, el autor aborda aspectos de la inmediación que, por su contundencia, necesitamos referir brevemente. Sostiene que no hay ninguna razón válida para pensar que cuando el juez entra en contacto inmediato con la prueba, por ejemplo, escuchando a un testigo, "sea transportado irremediablemente a una dimensión irracional en la que sólo hay espacio para sus reacciones interiores e individuales", como lo son el comportamiento del testigo, su modo de expresarse y de moverse, sus inflexiones de voz, etc. Este es el aspecto más incierto y peligroso de la valoración de la prueba –advierte el autor- del cual el propio juez debe desconfiar asumiendo una actitud de distancia crítica.

Es decir, el juez debe extraer, de su contacto directo con la prueba, "los factores epistémicamente aceptables". Luego, sobre la base de estos "datos", debe construir "inferencias racionales, fundadas sobre reglas o estándares de valoración que deben ser claramente identificables", principalmente por el propio juez que los usa.

Siguiendo con la explicación de la obra que presentamos, debe destacarse también, el análisis que realiza el autor de los sistemas procesales civiles de civil law y de common law, poniendo término a las tradicionales contraposiciones que la doctrina acostumbra utilizar para la explicación de las diferencias fundamentales existentes entre un modelo y otro. Por el contrario, el autor efectúa una aproximación entre ambos sistemas, logrando demostrar algunas de las similitudes que existen entre estos, diferenciándose así, de los análisis que se han venido formulando tradicionalmente en la materia.

Con gran claridad, el autor derriba mitos como el de la contraposición entre oralidad y escritura, según la cual el proceso de common law sería un proceso esencialmente oral, mientras que el proceso de civil law sería un proceso esencialmente escrito. Con acierto afirma el Profesor Taruffo que la distinción entre proceso oral y proceso escrito, nunca ha representado, y no representa hoy, la distinción entre proceso de common law y proceso de civil law.

Por una parte, es fácil observar que el proceso de common law considera numerosos actos escritos, probablemente no menos numerosos de aquéllos con los cuales se desarrolla un proceso de civil law. Esta tendencia se ha venido reforzando en la evolución más reciente. Además de esto, el empleo de pruebas escritas, tampoco es menos frecuente en el common law que en el civil law, a pesar de profundas diferencias que atañen a otros aspectos del derecho probatorio.

En seguida, –recordándonos de paso que ningún modelo de oralidad extremo es bueno– señala que en varios ordenamientos de civil law, se aprecian importantísimos elementos de oralidad, que se encuentran, por ejemplo, "en las distintas formas de discusión oral, preliminar y conclusiva, de la causa, en la asunción oral de las pruebas en la audiencia, y en el pronunciamiento oral de la decisión que viene prevista en varios casos".

Esta afirmación no puede ser más clara en el caso de Chile, donde nuestro procedimiento escrito ha previsto desde siempre, la oralidad en la etapa de contestación en el juicio sumario –fase de discusión–en la forma de rendir pruebas la prueba testimonial y confesional. La práctica inveterada de presentar minutas escritas en estos actos o la envejecida forma de levantar el acta de tales medios de prueba, no obstante la posibilidad existente desde hace décadas, de sustituirlas por grabaciones de audio digital, no significa que las normas que imponen la oralidad,

estén abrogadas. Se trata, simplemente, de un no uso consuetudinario que, ya sabemos, no deroga el Derecho.

La importancia de este análisis, radica justamente en la necesidad de poder acercarnos a las instituciones del common law con total tranquilidad, para buscar elementos que podamos incorporar a nuestra reforma procesal civil.

En seguida, debemos mencionar que la obra se ocupa de la determinación de la naturaleza y de la función de la motivación de la sentencia. Para el profesor Taruffo, la concepción según la cual el juez no puede motivar su valoración de la prueba, porque no puede expresar sus estados emotivos íntimos y profundos, se funda en una equivocada percepción de la misma.

Este análisis resulta particularmente relevante, ya que el sistema de valoración de la prueba contemplado en la Reforma Procesal Civil, será, siguiendo la tendencia en resto de las reformas procesales de nuestro país, el de la sana crítica.

Qué tranquilizador resulta, entonces, leer al Profesor Taruffo cuando señala "que la motivación no es y no puede ser un relato de lo que ha sucedido en la mente o en el alma del juez cuando ha valorado la prueba. Las normas que exigen la motivación de la sentencia no reclaman que el juez se confiese reconstruyendo y expresando cuáles han sido los recorridos de su espíritu. Estas normas, por el contrario, le imponen justificar su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente correctas y aceptables", aclarando que "los procesos psicológicos del juez, sus reacciones íntimas y sus estados psicológicos de conciencia no le interesan a nadie: lo que interesa es que se justifique su decisión con buenos argumentos".

Finalmente, el libro que presentamos trae un material valiosísimo para lo que debe ser la reforma necesariamente complementaria al procedimiento civil, como lo es la reforma orgánica de nuestros tribunales, particularmente, el de la redefinición del actual rol de la Corte Suprema de nuestro país. En esta parte, que obviamente se aleja del análisis del ámbito de la prueba –que es el objeto central de este libro– el autor se adentra en la difícil tarea de intentar definir la función de una Corte Suprema en un sistema procesal civil.

Como sabemos, según una tradición que se remonta esencialmente a Calamandrei y a su fundamental estudio sobre la Casación, "una corte suprema desarrolla dos funciones fundamentales: efectúa ante todo un control de legalidad sobre las decisiones emanadas de los jueces inferiores, y además opera en el sentido de asegurar la potencial uniformidad de la jurisprudencia, tanto propia, como de los órganos jurisdiccionales de nivel inferior". Pues bien, el Profesor Taruffo nos describe con singular talento la situación que acontece en las cortes supremas del common law, que utilizan para desarrollar sus funciones, el precedente judicial.

El autor, estima, entre muchas otras cuestiones, que "es la eficacia del precedente de las sentencias de estas cortes, el factor que "expande" el ámbito de aplicación sucesiva de la solución que la corte ha dado a una cuestión de derecho, indicando tal solución como criterio tendencialmente uniforme de interpretación de la ley", observando que –contrariamente a lo que a menudo se sostiene– el precedente no es formalmente vinculante ni siquiera en los sistemas del common law , por lo cual es oportuno hablar de eficacia o de "fuerza" persuasiva de este precedente", en lugar de hablar de su carácter vinculante.

En fin, esta breve introducción sólo ha pretendido mostrar al lector, con suma rapidez, aquellos aspectos esenciales del libro que sin duda lo harán, ávidamente, sumirse en la lectura de esta obra apasionante. Para esto hemos seguido muy fielmente el tenor de la obra, a fin de no desvirtuar la claridad de las explicaciones de su autor.

Sólo nos queda felicitar a la Editorial Metropolitana por la espléndida idea de publicar en Chile, esta obra del Profesor Michelle Taruffo, la que constituye una lectura indispensable para todos quienes según señalamos en las palabras iniciales de este prologo están vinculados a la Reforma Procesal Civil que estamos comenzando, pero, particularmente, para los amantes del Derecho Procesal.

Santiago, Mayo de 2008

TEMAS

Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba

Al leer las contribuciones de Perfecto Andrés Ibáñez, de Marina Gascón Abellán y de Andrés Bouzat y Alejandro S. Cantaro, encuentro con agrado una convergencia sustancial con las tesis de fondo que he expuesto tanto en el artículo que es objeto de esta discusión como, de una manera más amplia y en profundidad, en otros escritos míos[1].

Me enfrento, por tanto, más que a objeciones o críticas, a una serie de estimulantes reflexiones que me inducen a profundizar, y quizás también a aclarar, algunos aspectos de mi pensamiento. Para hacer esto me parece oportuno, con el fin de evitar repeticiones, no comentar detalladamente aquello que cada uno de los autores ha escrito, sino concentrar la atención sobre los problemas más importantes que han puesto de manifiesto.

1. Una cuestión que destaca en gran medida, especialmente en las consideraciones de Perfecto Andrés Ibáñez y de Marina Gascón Abellán, se refiere a la *inmediación* del contacto del juez con la prueba y la concepción según la cual el juez se formaría sobre la prueba una "íntima convicción" subjetiva y no susceptible de ser racionalizada que, en cuanto tal, no podría ni ser expresada ni justificada en la motivación de la sentencia.

Mi opinión, al respecto, coincide sustancialmente con la expresada por mis dos amigos, en el sentido de que esta orientación está radicalmente

equivocada y se funda en una serie de errores y equívocos. Trataré aquí de indicar algunos.

Ante todo, queda excluido –en el plano teórico general- que la discrecionalidad de la valoración que el juez realiza acerca de la credibilidad y la eficacia de la prueba, coincida necesariamente con un arbitrio subjetivo, irracional e incontrolable. Una tendencia de este tipo está presente en la cultura europea, bajo el influjo de la concepción francesa de la *intime conviction,* entendida como persuasión subjetiva, intuitiva y fundada en reacciones psicológicas e incluso emotivas del juez, y más en general, por la influencia de concepciones psicologistas e irracionalistas de la decisión judicial. Sin embargo, esto no demuestra que esta tendencia esté fundada. De hecho, existen otras concepciones del "libre convencimiento" del juez que no tienen estas implicaciones subjetivistas sino que, por el contrario, van en la dirección de un convencimiento racional que el juez debe formarse sobre la base de la prueba. Este es el caso, por ejemplo, de la *freire beweiswürdigung,* orientada hacia la determinación de la verdad de los hechos, de la que habla el *286 de la *Zivilprozassordnung* alemana, y el de las distintas concepciones del razonamiento probatorio que utilizan modelos de tipo probabilístico[2].

En España, las referencias a las reglas de la sana crítica que se encuentran en varias normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 (véanse, por ejemplo, los artículos 316.2, 348 y 376) no remiten a las reacciones subjetivas del juez, sino a la aplicación de "reglas" que deberían fundar un razonamiento cognoscitiva y lógicamente correcto.

Por otra parte, no hay ninguna razón valida para pensar que, cuando el juez entra en contacto inmediato con la prueba, por ejemplo, escuchando a un testigo, sea transportado iremediablemente a una dimensión irracional en la que sólo hay espacio para sus reacciones

interiores e individuales. Ciertamente, el juez que escucha a un testigo está expuesto a impresiones inmediatas que pueden ser provocadas por el comportamiento del testigo (su modo de expresarse y de moverse, las expresiones del rostro, el tono y las inflexiones de la voz, etc.). Puede también suceder que estas impresiones influyan en el ánimo del juez cuando deba valorar la fiabilidad del testigo y de su declaración. Sin embargo, éste es el aspecto más incierto y peligroso de la valoración de la prueba, del cual el propio juez debe desconfiar, asumiendo una actitud de distancia crítica, más que dejarse envolver emocionalmente por él. Por un lado, se encuentra el peligro de que el juez use, en la interpretación, el comportamiento del testigo, criterio psicológico sin fundamento extraído de un sentido común que, en realidad, está lleno de errores y de prejuicios: el juez que actúa como psicólogo sin una adecuada formación específica, y que usa la psicología barata de los semanarios populares, corre riesgo de cometer errores burdos y sustanciales. Los estudios sobre la psicología de las declaraciones testifícales muestran que se trata de un fenómeno extremadamente complejo y difícil de interpretar, y que la credibilidad del testigo puede ser evaluada sólo teniendo en cuenta una serie de factores relevantes relativos al funcionamiento de la memoria y las modalidades de reconstrucción de los hechos percibidos por el testigo(3). Por otro lado, es evidente que si el juez se deja llevar por sus reacciones emocionales a la búsqueda de una "íntima" convicción inefable e inexplicable, no hace otra cosa que convertir su valoración en puro arbitrio.

El necesario distanciamiento crítico debe llevar al juez(4) a "desprenderse de sí mismo" y a "observarse desde fuera" para seleccionar, entre los *inputs* que provienen del contacto inmediato con la prueba, aquellos que pueden tener algún valor cognoscitivo sobre la base de criterios intersubjetivamente aceptados o aceptables y posiblemente fundados en el plano del análisis psicológico, separándolos de aquellos

que no tienen este valor y que por ello permanecen dentro de la esfera de las reacciones emotivas estrictamente individuales y no tiene ningún significado intersubjetivo. Los primeros *inputs* son usados como premisas para inferencias que permiten derivar conclusiones racionalmente justificadas acerca de la credibilidad de los testigos y, por tanto, acerca de la fiabilidad de sus declaraciones. Los *inputs* del segundo tipo son eliminados y excluidos de la valoración que el juez hace sobre la fiabilidad de la prueba: precisamente porque se trata de reacciones psicológicas del juez que no racionaliza de acuerdo con criterios intersubjetivamente aceptables, no pueden y no deben inferir o influir en esta valoración. No nos gustaría que nuestro médico formulase su diagnóstico fundándose en sus propias reacciones "íntimas" provocadas por la presencia del paciente, más que informaciones controladas y objetivamente atendibles de acuerdo con los criterios de la ciencia médica. De la misma manera, no podemos admitir que el juez decida exclusivamente sobre la base, intuitiva e irreflexiva, de sus emociones individuales.

Todo esto equivale a decir que el juez tiene el deber preciso de extraer, de su contacto directo con la prueba, los factores epistémicamente aceptables. A continuación, sobre la base de estos "datos", debe construir inferencias racionales, fundadas sobre reglas o estándares de valoración que deben ser claramente identificables, sobre todo por el propio juez que los usa. En cierto sentido, lo que no puede ser racionalmente elaborado, *no existe* a los efectos de la correcta valoración de la prueba.

Esto remite a otro problema, que aquí no puede ser adecuadamente discutido pero que debe ser mencionado: el de los criterios con los que el juez debe formular las inferencias en las que se articula su razonamiento. Dejando aparte los casos –por lo demás poco frecuentes- en los que es posible servirse de conocimientos científicos, el juez sólo puede remitirse

al sentido común, a la cultura media y a los conocimientos fundados sobre la experiencia común.

No obstante, también en este aspecto del razonamiento del juez existen muchas posibilidades de error. De un lado, el juez no puede hacer otra cosa que recurrir a este pseudo-conocimiento. Sin embargo, de otro lado, el sentido común y la experiencia generan informaciones no controladas, nociones sin fundamento y a menudo falsas, pseudos-reglas extraídas en realidad de errores y prejuicios (muchos están todavía convencidos que el Sol gira en torno a la tierra)[5]. Esto implica que el juez debe someter a control crítico no sólo los *inputs* que extrae del contacto directo con la prueba, sino también las reglas y los estándares que usa para interpretar estos *inputs* y para obtener inferencias a partir de ellos. Es más, el discurso puede ser invertido: frente a las impresiones que le llegan del contacto con la prueba, el juez debe encontrar, en el repertorio de *background knowledges* que le ofrece la cultura media, estándares creíbles e intersubjetivamente aceptables con los que podrá seleccionar e interpretar los elementos cognoscitivos que le proporciona la prueba. Sólo los elementos que tienen sentido de acuerdo con criterios aceptables de conocimiento que pueden ser usados como base para las inferencias en la que se articula el razonamiento del juez sobre la prueba. Todo el resto, como ya se ha dicho, es *tamquam non esset* y debe quedar excluido de la decisión del juez sobre los hechos.

2. En el plano de la teoría de la prueba y de la decisión, me ha parecido útil e interesante la identificación, hecha por Marina Gascón Abellán, de la tendencia que es acertadamente designada como *cognoscitivismo acrítico*. Este es un buen modo de describir la orientación que, por un lado, desvincula la valoración de la prueba de cualquier criterio racionalmente aceptable de conocimiento de los hechos y, por otro lado, paradójicamente, funda la decisión del juez sobre certezas absolutas que serían incontrovertibles porque representarían el resultado de

"estados de conciencia" que se forman en las interiores e inescrutables profundidades del ánimo del juez. Se trata, ciertamente, como dice Marina, de una *perversión ideológica* de la concepción cognoscitiva o epistémica de la pueba, que trata de fundar una pretendida "convicción cierta" sobre una suerte de intuiciones psicológicas (a veces designadas con nombres enfáticos, como "certeza moral") que no tiene nada que ver con lo que usualmente se entiende por conocer un hecho. Sobre este punto se limitó a subrayar que desde el punto de vista del método se trata de una concepción que parece tan ambigua (y quizá precisamente por ello tan difundida) como *radicalmente equivocada*. El error de base es siempre el mismo, y consiste en pensar que el conocimiento de los hechos en el proceso, a diferencia del conocimiento que se obtiene fuera del proceso, en todos los otros campos de la experiencia, no puede ser otro que el resultado de intuiciones irracionales del sujeto que juzga, y que, precisamente, por esta razón se trata de un conocimiento no criticable y que escapa de cualquier control y de toda verificación y falsación.

3. El tema del conocimiento de los hechos en el proceso me lleva a hacer algunas consideraciones sobre la verdad judicial de los hechos. En relación con esto, debo subrayar que yo también soy de la opinión de que el proceso no es un contexto en el que se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles (como quizá sucede en la teología y en la metafísica), mucho menos si se pretende que estas verdades se funden en estados de conciencia del juez personales e irracionales. Por el contrario, el proceso es un ámbito en el cual, en el mejor de los casos, se obtienen verdades relativas, contextuales, aproximadas, aunque derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular. De esta premisa de carácter muy general se derivan ciertas consecuencias de algún interés.

En primer lugar, resulta bien fundada la tesis recientemente ilustrada por Jordi Ferrer Beltrán [6] según la cual puede ser "tenido por verdadero" aquello que resulta probado, y en la medida que resulta probado. En consecuencia, aunque es necesario que la decisión se funde en la mejor aproximación posible a la realidad empírica de los hechos, es inevitable que se trate, en todo caso, de una aproximación "relativa", en función de la expresión y de la utilidad epistémica de las pruebas disponibles[7]. Esto abre también la posibilidad de que la decisión pueda fundamentarse en una determinación de los hechos no verdadera, o sobre una aproximación no adecuada, a los hechos del caso, en el supuesto de que las normas jurídicas (como las reglas de prueba legal) o la insuficiencia de elementos probatorios (quizá porque se han excluido pruebas relevantes de acuerdo con normas de inadmisibilidad) llevan al juez a adoptar una decisión que no es conforme a la realidad empírica de los hechos[8].

Todo esto, no obstante, no convierte en válida y aceptable la opinión, muy difundida en la doctrina procesalista de varios países, según la cual existirían a lo menos *dos* verdades: una verdad exclusivamente "formal" o "legal" que se alcanza en todo caso en el proceso, y una verdad "empírica", "histórica" o "material" que existiría y podría ser establecida fuera del proceso, pero que es inalcanzable por definición para el juez. Esta duplicación de conceptos de verdad, es inútil y equivocada[9], porque no es verdad que en el ámbito del proceso se persiga una verdad cualitativamente distinta de aquella que existiría en cualquier ámbito fuera del proceso. Lo que se persigue en el proceso es la mejor aproximación posible, basada en las pruebas que estén disponibles en el caso concreto, a la verdad "histórica" o "empírica" de los hechos. Esta verdad histórica o empírica, a su vez, no "existe por sí misma" en algún lugar extraño y lejos del proceso. Es, más bien, una suerte de ideal regulativo, un punto de referencia hacia el que se orienta la actividad de

quien, en el proceso o fuera del mismo, tiene la función de averiguar los hechos. Por usar una metáfora fácil, puedo no llegar al Polo Sur, pero, si quiero ir a la Tierra del Fuego, debo saber en qué dirección moverme, si deseo actuar racionalmente y llegar a mi objetivo, y para esto me sirve saber dónde se encuentra el Polo Sur.

El argumento, usado a menudo, de que en el proceso no se puede establecer la verdad "plena" de los hechos debido a los límites legales (esto es: normas que excluyen pruebas relevantes) o prácticos (esto es: límites de tiempo y de recursos) que caracterizan la determinación judicial de los hechos, no prueba en absoluto lo contrario de lo que he dicho, sino que más bien lo confirma. Sólo prueba lo que es obvio y nadie discute, esto es, que el proceso es un contexto de búsqueda y aproximación a la verdad que tiene reglas y límites propios, como sucede en el resto de contextos prácticos en los que se averiguan hechos[10]. En definitiva, este argumento no dice nada distinto de lo que se dice cuando se observa que la verdad (como prueba de los hechos) que se puede conseguir en el proceso, es relativa y contextual, y por tanto no puede ser otra que una aproximación mejor o peor a la realidad empírica de los hechos que son determinados.

La concepción que se funda en la relatividad contextual de la verdad judicial pero también en su tendencia a reflejar en alguna medida la realidad empírica de los hechos, tiene la ventaja de permitir la comparación y la valoración crítica de los distintos sistemas procesales, desde el punto de vista de su capacidad para facilitar mejores o peores aproximaciones a la realidad por parte del juez: un proceso que contenga, por ejemplo, varias reglas de prueba legal y varias reglas de exclusión de pruebas lógicamente relevantes, permite una aproximación a la realidad peor que la que puede haber en un proceso sin pruebas legales y en que todas las pruebas relevantes son admisibles.

Esta concepción de la verdad judicial, como aproximación a la realidad de los hechos, variable de acuerdo con los contextos procesales que se tomen en consideración, me da la posibilidad de aclarar mi posición sobre un punto discutido por Andrés Bouzat y Alejandro S. Cantaro. Se trata de la distinción entre decisión "justa", en cuanto fundada en la verdad de los hechos, pero no sería alcanzable en el proceso, y decisión "justificada", en cuanto fundada en una aproximación relativa y contextual que es la única que puede conseguirse en el proceso. Esta distinción tiene, en mi opinión, el inconveniente de reproducir –aunque de manera metodológicamente más sofisticada- el argumento de la "doble verdad" que he criticado. Por otro lado, en el trabajo en que desarrollé de manera más amplia la tesis de que la veracidad de la determinación de los hechos es una de las condiciones necesarias para la justicia de la decisión(11), especifiqué que en los casos concretos esta condición (como también las otras: la corrección del proceso y las interpretación adecuada de las normas) puede presentarse en distintos grados o niveles de intensidad, en función del grado de aproximación a la realidad que se produzca en cada caso específico. Concluía mi análisis proponiendo una definición de la justicia de la decisión, como un algoritmo o combinación de los grados en los que se dan las tres condiciones necesarias de la decisión justa, y subrayaba que la decisión singular puede ser calificada como "más o menos justa" en función de tal algoritmo o combinación, es decir, en función de los grados en los cuales estén presente las condiciones de la justicia, y puede ser calificada de injusta cuando una de tales condiciones (o más de una) se presenta en un grado inadecuado(12). En este planteamiento, que todavía creo convincente, se pueden admitir ideas no relativas de justicia y de verdad, pero sólo para indicar el punto teórico en el cual todo el algoritmo, o su componente referida a la determinación de los hechos, alcanzan los valores teóricamente máximos. La decisión en grado máximo o absolutamente justa, sería, por tanto, aquella en la

cual todas las condiciones de justicia se presentan en el grado ideal y la decisión "verdadera" sería aquella en la cual los hechos se conocen con certeza absoluta. De esta manera, por otra parte, se define un ideal teórico, que puede servir de referente regulativo o de límite, pero que no es concretamente alcanzable en los procesos del mundo real.

Por otra parte, si se continua esta perspectiva de análisis, la diferencia entre "grados de justicia" de la decisión y decisión "justificada" aparece sólo como una diferencia en el uso de los términos "justo" y "justificado": el primero, se refiere al límite teórico hacia el que tiende a aproximarse la decisión, mientras que el segundo, indica la situación práctica en el que se encuentra una decisión relativamente justa.

4. Otro punto importante, que merece algunas reflexiones adicionales, es el relativo a la justificación del juicio de hecho y de la valoración de la prueba en la motivación de la sentencia.

En relación con esto, quisiera destacar que las concepciones irracionalistas de la valoración de la prueba, de las que ya he hablado antes, cometen nuevos errores y mantienen nuevamente posiciones insostenibles, al excluir la posibilidad de que la valoración de la prueba se justifique con argumentaciones racionales que el juez tiene el deber de exponer en la sentencia.

Entre las varias posibles, quisiera plantear dos objeciones que en mi opinión son fundamentales y suficientes para privar de toda validez a la concepción mencionada: una objeción tiene carácter teórico y la otra es de naturaleza político-jurídica.

La objeción teórica se refiere a la determinación de la naturaleza y de la función de la motivación de la sentencia. La concepción según la cual el juez no puede motivar su valoración de la prueba porque no puede

expresar sus estados emotivos íntimos y profundos, se funda en una concepción equivocada de la motivación. Según esta idea, la motivación de la sentencia sería una especie de informe, diario o registro del *iter* psicológico, que el juez ha recorrido para llegar a la decisión sobre los hechos: y dado que este *iter* no puede dejar de ser misterioso y quedar sepultado en los estratos profundos de la conciencia del juez, entonces éste no podría motivar su propio convencimiento sobre los hechos.

La realidad es que la motivación *no es* y *no puede ser* un relato de lo que ha sucedido en la mente o en el alma del juez cuando ha valorado la prueba[(13)]. Las normas que exigen la motivación de la sentencia no reclaman que el juez se confiese reconstruyendo y expresando cuáles han sido los recorridos de su espíritu. Estas normas, por el contrario, le imponen *justificar* su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente "correctas" y aceptables(14). Para decirlo de manera sintética: los procesos psicológicos del juez, sus reacciones íntimas y sus estados individuales de conciencia no le interesan a nadie: lo que interesa es que se justifique su decisión con buenos argumentos.

Naturalmente, esto no excluye a *priori* que, entre el razonamiento decisorio –con el que el juez valora la prueba y formula la decisión sobre los hechos- y el razonamiento justificativo –con el que el juez motiva la decisión-, pueden existir correspondencias y analogías. Por un lado, el juez que sabe que debe justificar racionalmente la decisión estará probablemente inclinado a valorar la prueba racionalmente y de acuerdo con criterio objetivos, en lugar de dejarse llevar por su subjetividad incontrolada; por otro lado, el juez que motiva justificando su decisión, puede perfectamente hacer uso de criterios, razonamientos e inferencias que ha formulado en el momento en el que trataba de llegar a una decisión. Sin embargo, las dos fases del razonamiento del juez, la

decisoria y la justificatoria, son cronológica, estructural y funcionalmente distintas, estando la primera orientada a construir la decisión y la segunda a presentar la decisión como justificada sobre la base de buenos argumentos(15). Pensar que las dos fases del razonamiento coinciden y que la segunda no es otra cosa que la anotación de la primera, es irremediablemente un error que sólo puede cometer quien no conoce y no quiere conocer la realidad de las decisiones judiciales. De esto se sigue que cualquiera que sea el modo como el juez valore la prueba y formula la decisión sobre los hechos, no puede excluirse en absoluto que pueda y, por tanto, deba presentar argumentos racionales para sostener y justificar las decisiones a las que ha llegado sobre las bases de la prueba. Llevando al límite el argumento: incluso en el caso de que se admitiese (lo que es necesario excluir por las razones ya expuestas) que el acto de la valoración de la prueba sea un acto irracional, esto no le impediría al juez encontrar argumentos racionalmente aceptables para fundar *ex post* su decisión; como ya he dicho, a nadie se le reclama que exponga en público sus sensaciones y emociones; lo que se le reclama es otra cosa, esto es, que presente argumentos que legitimen –por decirlo así- hacia fuera la decisión que ha tomado.

Ahora podemos pasar a la objeción jurídico-política que puede dirigirse a la tesis en discusión. La objeción se basa en la función de la motivación y en las razones por las que está prevista como obligatoria, a veces incluso en normas constitucionales. Esta función presenta dos aspectos principales que es útil distinguir. Por un lado, se puede hablar de función *endoprocesal* para aludir al hecho de que la motivación sirve, dentro del proceso, para facilitar a las partes le impugnación de la sentencia y hacer posible que el juez superior pueda ejercer el control de las razones de la decisión dictada por el juez inferior. Por otro lado, se puede hablar de función *extraprocesal* de la motivación, para indicar que ésta sirve para hacer posible, al menos potencialmente, un control

externo de las razones que el juez expresa como fundamento de su decisión(16). Por control *externo* se entiende el control que debe ser posible por parte de la opinión pública y del ambiente social en la que se inserta la decisión: en este sentido, la obligación de motivar cumple un papel de garantía fundamental de la corrección de la manera como el juez ejerce el poder decisorio del que dispone. Sea en el plano histórico, sea en el de las garantías fundamentales del proceso, la obligación de motivar está directamente conectada con la concepción democrática del poder: es democrático el poder "que se justifica", esto es, que permite a los ciudadanos valorar si ha sido usado de modo correcto y compartible; es absoluto y antidemocrático el poder "que no se justifica", esto es, que no da razón de las decisiones propias y que, por tanto, escapa de cualquier control social. El juez que no justifica sus propias decisiones de la motivación de la sentencia ejercita el poder del que dispone de manera arbitraria y sustancialmente antidemocrática y viola una de las garantías fundamentales del proceso, precisamente en la medida en que se sustrae el control externo de las razones por las que ha usado su poder de un modo determinado. El juez que ejercita democráticamente el poder del que dispone, justifica sus propias elecciones exponiendo, en la motivación de la sentencia, las razones por las que ha adoptado esa decisión, y hace así posible el control crítico difuso sobre la manera como ha ejercitado su poder. La función extraprocesal de la motivación representa un aspecto muy importante de lo que Yeray Wróblewski ha llamado felizmente *ideología legal-racional* de la decisión judicial, que caracteriza a los sistemas más evolucionados de administración de la justicia(17): es claro, en efecto, que a través de la motivación el juez demuestra la solidez, la legitimidad y la racionalidad de las decisiones.

Estas consideraciones son adecuadas para todos los aspectos de la decisión judicial, pero lo son de un modo particular en lo que se refiere al juicio sobre los hechos y la valoración de la prueba. De hecho, así

como no puede hablarse de decisión justa (o justificada) si falta una determinación verdadera de los hechos de la causa, del mismo modo no se puede hablar de una decisión motivada si el juez no indica específicamente, y mediante argumentos racionalmente articulados, las bases cognoscitivas, los criterios de valoración y las inferencias que justifican su valoración de la prueba y el juicio final que deriva de esta valoración. La falta de una adecuada motivación de estos aspectos esenciales de la decisión, no implica solamente un ejercicio arbitrario del poder por parte del juez, sino que implica también la violación de una de las garantías fundamentales de la administración de la justicia.

5. Muchos aspectos de las contribuciones a esta discusión se refieren, en concreto, a problemas de prueba y decisión en el proceso penal, y esto exige, me parece, algunas consideraciones adicionales. Por una parte, en efecto, es verdad que muchos de los discursos que se hacen a propósito de la valoración de la prueba y del juicio sobre los hechos, valen tanto para el proceso civil como para el penal y cualquier otro tipo de proceso. Sin embargo, por otra parte, deben tenerse en cuenta algunas características específicas que distinguen al proceso penal del civil.

Uno de estos factores específicos es el desequilibrio sistemático que existe entre las partes del proceso penal, y que condiciona la decisión en función de la presunción de inocencia del acusado. Se trata, como es sabido, de una regla de juicio, de acuerdo con la cual el juez debe resolver *pro reo* la eventual duda que subsista cuando todas las pruebas hayan sido tenidas en cuenta, lo que introduce una distorsión estructural en el criterio de decisión. Naturalmente, al hablar de "desequilibrio" y "distorsión", no quiero sugerir una valoración negativa sobre la presunción de inocencia: pretendo decir que sólo en el proceso penal existe una presunción sistemática favorable a una de las partes, mientras no existe nada igual en el proceso civil, en el cual las partes se sitúan

sistemáticamente en el mismo nivel, y la eventualidad de la ausencia o insuficiente prueba de un hecho que se resuelve –de acuerdo con las reglas generales sobre la carga de la prueba- con la derrota de la parte que había alegado ese hecho. De aquí se siguen algunas consecuencias.

Por ejemplo, se suele decir, aunque es un problema muy complejo en el que se mezclan distintas concepciones de manera no siempre clara, que en los dos tipos de proceso deberían aplicarse distintos estándares de prueba: en el proceso civil se debería aplicar (como a menudo sucede) el estándar de la *probabilidad prevaleciente,* de acuerdo con el cual se da por probada la versión de los hechos que aparece como "más probable" a la luz de las pruebas obtenidas, mientras que en el proceso penal debería aplicarse al estándar de la prueba *más allá de toda duda razonable,* según la cual sólo en el caso de que la prueba haya ofrecido la "certeza" sobre los hachos podría ser condenado el acusado. Estos aspectos no pueden ser discutidos aquí con la amplitud que merecerían; sin embargo, conviene señalar que se insertan en el discurso relativo a la prueba de los hechos y a la valoración de la prueba, y que son relevantes al menos en el sentido de hacer necesarias varias distinciones, de acuerdo con el tipo de proceso al que se haga referencia. Mi impresión es que el problema de la presunción de inocencia no se formula correctamente cuando se invoca esa presunción para decir que en el proceso penal debe alcanzarse la certeza, mientras que en el civil basta la probabilidad, porque en este caso se mezclan los criterios con los que debe adoptarse la decisión en el caso de ausencia de prueba con las modalidades con la que se lleva a cabo la prueba de los hechos; pero la cuestión es muy compleja y por ello me limito a dejarla apuntada, quizá para una futura discusión.

Una característica que, en los sistemas más evolucionados, es típica del proceso penal, pero tiene también diversas manifestaciones en el proceso civil, se refiere a la distribución de los poderes procesales –en

particular de los que se refieren a la adquisición de las pruebas- entre las partes y el juez. Por un lado, en realidad, cuando se habla de las garantías fundamentales de las partes, como el derecho a la defensa y el principio de contradicción, se dice acertadamente que éstas deben ser respetadas íntegramente en los dos tipos de proceso. Por otro lado, sin embargo, la implementación de estas garantías termina produciendo consecuencias distintas en los diversos tipos de proceso, Así, en el ámbito del proceso civil se tiende a pensar que la implementación completa de las garantías de la defensa no excluye en absoluto la posibilidad de atribuir al juez poderes incluso tan amplios como el de disponer de oficio de práctica de pruebas no solicitada por las partes, cuando sea necesario para comprobar la verdad de los hechos. En los procesos civiles modernos hay ejemplos interesantes de esto: el modelo en ciertos aspectos más coherentes es el del *code de procédure civile* francés, cuyo artículo 10 prevé un poder general del juez de disponer de oficio la práctica de pruebas no aportadas por las partes, mientras que el artículo 16 prevé la aplicación del principio de contradicción entre las partes en todos los aspectos relevantes de la decisión. Por otra parte, en muchos otros ordenamientos, como por ejemplo en Italia, Alemania e incluso Estados Unidos, se atribuye al juez diversos poderes autónomos de iniciativa instructoria. Existe, por tanto, una tendencia difusa a pensar que un papel activo del juez en la adquisición de la prueba, es esencial para la averiguación de la verdad de los hechos en el proceso civil(18). Las cosas son distintas en el ámbito del proceso penal, en el que por muchas razones de carácter histórico y sistemático, se tiende a sostener que las garantías fundamentales del proceso sólo pueden ser efectivas con la adopción de un modelo de proceso íntegramente *acusatorio*, en el que el juez no tenga poderes de iniciativa autónoma en materia de práctica de la prueba, y por tanto toda la actividad probatoria queda remitida exclusivamente a las partes. Obviamente, no tengo ninguna intención de discutir o criticar esa tendencia, que es ampliamente

dominante en los procesos penales modernos. Observo sólo que de este modo las líneas evolutivas del proceso penal tienden a divergir profundamente de las líneas evolutivas del proceso civil, al menos en lo que se refiere a la determinación de los sujetos a los que corresponde realizar la adquisición y presentación de las pruebas. Y observo, además, que, quizá por la presencia de la presunción de inocencia, el proceso penal tiende a verse no tanto como un procedimiento orientado al descubrimiento y determinación de los hechos sobre la base de todas las pruebas disponibles, sino como un procedimiento orientado a hacer posible, para el acusado, el desarrollo de todas sus defensas y a verificar si las pruebas presentadas por la acusación son o no son suficientes para vencer la presunción de inocencia. Con toda probabilidad, existen óptimas razones para configurar de este modo el proceso penal y no quiero ponerlo en discusión. Sólo señalo que –casi paradójicamente y con una inversión de los términos respecto a los que sucedía en el pasado-, hoy se tiende a considerar que el proceso civil se orienta a la búsqueda de la verdad, mientras que no se puede decir lo mismo del moderno proceso penal.

Además, mientras estas diferencias estructurales deben ser tenidas en cuenta cuando se discute acerca de las funciones del juez, creo que hay muchos aspectos bajo los cuales no hay diferencias relevantes entre el juez civil y el penal. Si se piensa en el momento de la valoración de la prueba y de la decisión sobre los hechos, y si se pone entre paréntesis la cuestión de quién (las partes o el juez) ha propuesto la prueba, se puede pensar que un juez penal que adopte una ideología legal-racional de la decisión, formulará su valoración de manera sustancialmente similar a la del juez civil que adopte la misma ideología. Si esto es así, no hay obstáculos para reconocer que también el juez penal, al igual que el juez civil, puede y debe valorar la prueba de manera racional y, por consiguiente, puede y debe justificar su propia decisión sobre los hechos exponiendo "buenas" razones en la motivación de la sentencia.

En cuanto a las modalidades de la decisión sobre los hechos y de la correspondiente motivación, por tanto, puede no haber diferencias estructurales: también un juez que durante el curso del proceso haya desempeñado un papel de "árbitro pasivo" del conflicto que ha surgido entre las partes, puede decidir correctamente las causas valorando la prueba de manera racional y justificando adecuadamente la decisión. Esto depende –insisto- de la ideología que el juez tiene respecto de su propio rol, más que del reparto de poderes probatorios entre las partes y el juez. No obstante, este reparto, y por ello también la cuestión de si nos encontramos en un modelo de proceso (civil o penal) completamente dispositivo o acusatorio, en lugar de un modelo de proceso (civil o penal) en el que el juez está dotado de poderes de instrucción autónomos, tiene relevancia desde otro punto de vista. Como he sugerido antes, en los procesos civiles modernos existe una amplia tendencia (aunque no seguida en algunos sistemas, como en España) a atribuir al juez poderes para ordenar la práctica de pruebas no propuestas por las partes, y normalmente se justifica esta atribución de poderes en el interés de averiguar la verdad y en la imposibilidad de contar exclusivamente con la iniciativa de las partes para la aportación de todas las pruebas que pueden ser necesarias para ello. En definitiva, se asume que el ejercicio de los poderes de oficio del juez, es útil para complementar la iniciativa de las partes cuando esta no es suficiente para aportar todas estas pruebas: entra en juego –al menos de manera tendencial- una especie de criterio de *plenitud* del material probatorio, de acuerdo con el cual todas las pruebas relevantes deben ser adquiridas, a iniciativa de parte o, si es necesario, a iniciativa del juez. Por el contrario, en los sistemas en los cuales el juez no tiene poderes de instrucción autónomos y la aportación de las pruebas es obra exclusivamente de las partes, se corre el riesgo de que las pruebas presentadas por las partes no sean todas aquellas que serían útiles para la determinación de la verdad de los hechos. En un sistema orientado a la búsqueda de la verdad, un riesgo

de este tipo ha de valorarse negativamente, y en realidad, se recurre al remedio proporcionado por los poderes de instrucción del juez.

En un sistema que no esté orientado a la búsqueda de la verdad, por el contrario, no se considera negativamente el riesgo de que pruebas relevantes o decisivas para la determinación de la verdad queden fuera del proceso, porque, por cualquier razón, la actividad probatoria de las partes no haya sido la adecuada. Puede darse, incluso, que la eventual incompletitud de la adquisición de las pruebas se valore positivamente, si la parte no se arriesga a presentar prueba suficiente de la acusación en un proceso penal: la ineficiencia probatoria de la acusación juega, de hecho, a favor del acusado, que será absuelto con mayor facilidad cuanto más escasa sea la actividad probatoria de la acusación (aunque esto, naturalmente, no juega a favor de la determinación de la verdad). Esta, me parece, es la perspectiva desde la que Andrés Bouzat y Alejandro S. Cantaro, manifiestan su opinión contraria a la atribución de poderes autónomos de instrucción al juez penal, en la medida en que estos poderes podrían ser usados a favor de la acusación, y por tanto en sentido contrario a la presunción de inocencia. Es una posición perfectamente respetable, aunque se podría observar que –dado que en el proceso penal también el acusado tiene un fuerte interés en probar su inocencia y no permanece inactivo viendo si la acusación alcanza a probar su culpabilidad- los poderes del juez también podrían usarse a favor del acusado y no sólo a favor de la acusación, así como en el proceso civil pueden ser usados indiferentemente a favor de una u otra parte. A propósito de esto, observo solamente que se trata de una posición perfectamente respetable, y también compartible, en el nivel de las *elecciones de política del Derecho*, puesto que es perfectamente comprensible la preferencia por un sistema que admite el riesgo de la falta de plenitud del material probatorio, si se presupone que este riesgo opera en una única dirección, esto es, a favor del acusado. Pero

esto, sin embargo, no impide que en el proceso penal íntegramente acusatorio se pueda tener una composición incompleta (respecto a la que vendría representada por todas las pruebas relevantes) de la base probatoria del juicio de hecho, y por tanto, distinta de la que puede haber en un proceso civil caracterizado por una función activa del juez y orientado a que todas las pruebas relevantes sean aportadas al juicio.

Citas

1 Cfr., en particular, *La prueba de los hechos*, trad. Española de Jordi Beltrán, Madrid, 2002, y algunos de los ensayos recogidos en el volumen *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bolonia, 2002.

2 Para un análisis de estas concepciones, Cfr. mi trabajo, *La prueba*, cit., pág. 190 ss.. Véase también Schum, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, New York-Chichester-Bribane-Toronto-Singapur, 1994.

3 Cfr. Mazzoni, *Si può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole Della memoria*, Bolonia, 2003.

4 Sobre el "distanciamiento" como actitud típica del juez en la confrontación de la prueba, véase Taruffo, *Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence*, en *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems.Festschr. for Robert S. Summers*, ed. Por W. Krawietz-N. MacCormick-G.H. von Wrigth, Berlín, 1994, p. 385 ss. Más en general sobre el concepto de "distanciamiento" en el conocimiento, véase Elias, *Coinvolgimento e distacco. Saggi sulla sociología della conoscenza*, tr. It. Bolonia, 1988, p. 89 ss.

5 Para una elaboración más amplia de este tema, véase mi ensayo *Senso comune, esperienza e ciencia nel ragionamiento del giudice*, ahora en *Sui confini*, cit., p. 121 ss.

6 *Cfr. Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid-Barcelona, 2002.

7 Cfr. Ferrer Beltrán, op.cit., p. 37 ss.

8 Cfr. Ferrer Beltrán, op.cit. p. 41 ss, 83 ss.

9 En el mismo sentido, v. Ferrer Beltrán, op. Cit., p. 68 ss.

10 Análogamente, v. Ferrer Beltrán, op. cit. P. 45 ss.

11 Cfr. I*dee per una teoria della decisione giusta*, ahora en *Sui confini*,cit., p. 219 ss.

12 V. ibidem, p. 229 ss.

13 Para la demostración de esta afirmación, véase mi trabajo *La motivazione della sentenza civile, Padua, 1975, p. 118 ss, y más recientemente el ensayo Funzione della prova: la funzione dimostrativa,* ahora en *Sui confini*, cit., p. 323 ss.

14 Apropósito de esto véase, en particular, Comanducci, *Ragionamiento giuridico*, en Id. *Assaggi di metaetica,* Turín, 1992, p. 232 ss.

15 Para un análisis más amplio de estas diferencias, véase mi trabajo La motivazione, cit. p. 222 ss.

16 Sobre esta distinción, ya ampliamente aceptada, véase también mi trabajo *La motivazione*, cit., p. 370 ss.

17 Cfr. Wróblewski, "*Sentido*" y "*Hecho*" *en el derecho,* trad. Española, San Sebastián, *1988, p. 61 ss.*

18 Prefiero hablar de papel "activo" más que de papel "inquisitivo" del juez civil para evitar los muchos equívocos que el uso de este término provoca a menudo. Sobre la inadecuación de la contraposición usual entre procesos *adversarial* y procesos *inquisitorial*, y sobre la oportunidad de no usarla más en la discusión de modelos procesales, véase mi trabajo *El proceso civile di* civil law *e di* common law: *aspetti fondamentali*, ahora en *Sui confini* cit. p. 73 ss. Véase también Damaska, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process,* New Heven-London, 1986, p. 3 ss.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y VERDAD

1. Enunciados fácticos

A los efectos de iniciar el análisis, propongo tomar en consideración algunos enunciados, elegidos al azar entre los infinitos posibles:

1. El 2 de enero de 2002 la Federal Reserve estadounidense redujo la tasa de interés en un 0,5%.
2. La tasa de interés preferente aplicada por la mayoría de los bancos chilenos, en diciembre de 2002, fue un 6%.
3. Con fecha F el banco B compró por orden de inversionista I vales de prenda *warrant* por un valor de cincuenta millones de pesos.
4. El adulterio repetido y manifiesto de A ha hecho imposible que continúe la convivencia conyugal entre A y B.
5. El precio acordado entre A y B para la venta del bien X fue de diez millones de pesos.
6. El día D a la hora H en el lugar L, A disparó a B una bala que le llegó al corazón y le provocó la muerte.

Expondré ahora algunas observaciones simples respecto a estos enunciados, subrayando elementos comunes así como algunas diferencias:

a) Las proposiciones expresadas por los enunciados (1)-(6) son todas *declarativas*. De hecho, los enunciados en cuestión pueden ser verdaderos o falsos; tienen como objeto circunstancias que, aunque puedan contener implicaciones valorativas y –como podremos verson en alguna manera, social y culturalmente "construidas", pueden darse o no darse en el mundo de las experiencias concretas.

b) Las situaciones descritas por los enunciados (1)-(6) son todas, de alguna manera, relevantes para la vida, la riqueza o el destino de muchas personas: muchísimas en el caso de los enunciados (1) y (2), algunas en los otros casos. Sin embargo, lo importante es que la relevancia de estas situaciones se manifiesta en la medida en que éstas se han producido realmente, es decir si los enunciados (1)-(6) son verdaderos. La cuestión es obvia pero merece una reflexión. Por ejemplo, la circunstancia descrita por (1) es importantísima para la economía mundial sólo si el enunciado (1) es verdadero; si es falso no se verifica ninguna consecuencia. Del mismo modo, la circunstancia descrita por (6) es importantísima para la suerte de A, el cual tendría que ser condenado por homicidio, pero naturalmente esta consecuencia se debe dar para A sólo si el enunciado (6) es verdadero; si no es verdadero, entonces A debería ser absuelto y permanecer libre.

En concreto, lo que cuenta verdaderamente no es la mera enunciación de (1)-(6) por alguien, sino el hecho que estos enunciados sean verdaderos o falsos. Si son verdaderos, cada uno de ellos produce una serie de consecuencias de distinta naturaleza; si son falsos, no se produce ninguna consecuencia o se producen consecuencias diversas. Por ejemplo, no es suficiente que la CNN cuente (1): si (1) no es verdadero (cualquier cosa que ello signifique), no sucede nada. Análogamente, no basta que B afirme (4):

si (4) no es verdadero, no se dará el presupuesto de la separación conyugal por responsabilidad de A.

c) Dado que lo que importa respecto a la producción de determinadas consecuencias es si los enunciados (1)-(6) son verdaderos o falsos, los sujetos interesados (inversionistas, bancas, contratantes, conyuges partes procesales, abogados, jueces) deben establecer si uno u otro enunciado es verdadero o falso, como premisas de las acciones o comportamientos a seguir (decisiones financieras, contractuales, personales, judiciales). En síntesis, establecer la verdad o la falsedad de estos enunciados es un problema que puede plantearse, y puede ser resuelto, en cualquier ámbito de la experiencia, incluso en el del proceso. Los sujetos que, de cuando en cuando, deben resolver problemas relacionados con las consecuencias de las circunstancias descritas en (1)-(6) tratarán –se supone- de comportarse de manera racional, de establecer con la máxima certeza si los enunciados en cuestión son o no verdaderos. Por ejemplo, el gran operador financiero que debe tomar decisiones sobre importantes inversiones, tratará de establecer con certeza, posiblemente absoluta, si la CNN ha dado una noticia verdadera cuando ha afirmado (1), o si se trata de una noticia falsa o aún no confirmada.

d) Los enunciados (1)-(6) pueden ser relevantes en el contexto de un procedimiento judicial. Así, por ejemplo, (1) y (2) pueden ser relevantes para establecer la tasa que debe usarse para el cálculo de los interese que A la debe a B; (3) sirve para establecer el monto de la deuda de C al banco B; (4) sirve para establecer de quién es la responsabilidad de la separación; (5) sirve para establecer cuánto le debe el comprador al vendedor; y (6) sirve para establecer si A es o no culpable de homicidio. Esta relevancia puede darse o no en los contextos judiciales, y provocar diferentes consecuencias, dependiendo si (1)-(6) son verdaderos o falsos: está claro, de hecho, que la decisión que tomará el juez será diferente si es verdadero que

el precio fijado es aquél que se indica en (5) o si (5) es falso porque el precio establecido era otro, y así sucesivamente.

e) El significado de todos los enunciados en cuestión sólo puede ser determinado de manera *contextual*. De hecho, para entender el sentido de estos enunciados es necesario conocer, o al menos presuponer, contextos específicos que, en todo caso son bastante especiales y muy complejos. Por ejemplo, para entender el significado de (1) se hace necesario considerar el contexto financiero norteamericano y la economía mundial; (2) tiene sentido solamente en el contexto de las relaciones bancarias; (3) tiene sentido sólo en el contexto del mercado de los llamados "derivados financieros"; (4) tiene sentido sólo con el contexto de las relaciones conyugales entre A y B; (5) tiene sentido sólo en el contexto de relaciones contractuales entre A y B; (6) tiene un sentido diverso dependiendo del fáctico general al que se refiriera (por ejemplo: si A y B son soldados enemigos, y A mata a B durante un combate, esto no transforma a A en un homicida). Naturalmente la relevancia de (1) y (6) puede depender también –y así sucede generalmente en el proceso- de los contextos jurídicos, que también determinan el significado de los enunciados en cuestión.

El hecho de que el significado de los enunciados sólo pueda ser individualizado desde el interior de determinados contextos, y que, por lo tanto, sea de varias maneras (más de una simultáneamente) *context-laden*, es muy importante para entender la naturaleza de estos enunciados y para definir en cada caso las coordenadas dentro de las cuales se puede establecer la verdad o la falsedad. Sin embargo esta situación, es decir, la relatividad contextual de los enunciados en cuestión, no quita que ellos sean relevantes en diferentes situaciones (procesales y extraprocesales), pero sobre todo no quita que su relevancia esté ligada con su propia verdad o falsedad. Esto es así, dado que –como ya se ha dicho- los enunciados no generan determinadas consecuencias por el hecho de haber sido declarados

por alguien, sino por haber sido establecidos como verdaderos en el marco de un contexto de relevancia.

1.1. La construcción de los enunciados fácticos

La naturaleza de la relatividad de los enunciados fácticos exigen un análisis más detenido, que sólo puede hacerse a partir de la premisa de que un enunciado fáctico nunca está *dado* por sí mismo en situación alguna, sino que es formulado por alguien en una situación concreta y, generalmente, con una finalidad específica. Respecto del propósito de la enunciación de un hecho, se harán algunas observaciones más adelante, al hablar del contexto del proceso. Aquí es útil subrayar que la formulación de un enunciado fáctico deriva de la *construcción* del enunciado que realiza el sujeto que lo formula. Esta construcción es una actividad compleja, que en algunos casos conlleva operaciones diversas y complicadas, de las cuales el enunciado fáctico es sólo el resultado final.

Estas operaciones "constructivas" se pueden reagrupar sistemáticamente en varias categorías.

a) Ante todo, puede hablarse de construcción selectiva para hacer referencia al hecho de que cualquiera que formule un enunciado fáctico debe realizar una serie de elecciones mediante las que se excluye todo lo que no interesa incluir en el enunciado (en ese momento o a los efectos de las finalidades por las que es formulado), es decir, una infinita variedad de circunstancias, y expresa únicamente aquello que se considera relevante, esto es, pocas circunstancias y posiblemente simples. Esto es así frente a la infinita complejidad de la realidad y a su infinita descomponibilidad, frente a la infinita pluralidad de puntos de vista desde los que cualquier circunstancia puede ser observada,

que, a su vez, produce lo que Susan Haack entiende como pluralidad de descripciones verdaderas de la realidad.

En el contexto del proceso entran en juego dos criterios de relevancia que operan como *estándares* de elección de la descripción del hecho que se enuncia: la relevancia *jurídica* y la relevancia *lógica* del hecho del cual se habla. La relevancia jurídica deriva de la calificación del hecho según la norma que se le aplique, a los efectos de la decisión. En consecuencia, es la norma (o mejor dicho: la *abstrakte Tatbestand* definida por la norma) la que opera tanto como criterio de selección de las connotaciones del hecho que se consideran importantes, como de exclusión de las innumerables connotaciones del hecho que no interesan a los efectos de su aplicación. Así, entre las innumerables posibles descripciones de aquel hecho, se selecciona aquélla que permite que el hecho sea jurídicamente cualificado según la norma aplicable (se habla de hechos jurídicos, principales, constitutivos, materiales, etc.). La relevancia lógica caracteriza aquellos hechos que no son jurídicamente calificados por norma alguna, pero que, sin embargo, pueden entrar en el proceso en la medida en que a través de su conocimiento se pueden extraer conclusiones útiles para demostrar la verdad o falsedad de un hecho jurídicamente calificado. En ese caso, el criterio de relevancia, y por lo tanto el contenido del enunciado que da cuenta de ese hecho –que se acostumbrar a denominar como *secundario, simple, indiciario* o *circunstancial*– está constituido por la formulación de una inferencia (de allí la naturaleza lógica de este concepto de relevancia) capaz de relacionar el hecho secundario con un hecho principal transformando al primero en la premisa de una conclusión referida al segundo. Entre las infinitas descripciones posibles de un hecho secundario, se elige entonces la que permita la formulación de una inferencia de ese tipo, excluyendo aquellas que no tengan dicha función.

b) Se puede hablar, además, de *construcción semántica* del enunciado fáctico. Precisamente, el hecho de que sea un enunciado, es decir, una entidad lingüística dotada de un significado comprensible, implica que su formulación se realice usando correctamente un determinado lenguaje y sus reglas (gramaticales, sintácticas, lógicas). Entre los muchos lenguajes posibles y entre los muchos usos posibles de un lenguaje, la formulación de un enunciado fáctico conlleva elecciones muy precisas, con la finalidad de determinar la forma lingüística más oportuna y más eficaz para expresar el significado del enunciado. Entre ellas, una elección especialmente importante es la que se plantea entre el uso de términos *descriptivos* y el uso de términos *valorativos*. De hecho, es evidente que, aunque no cambie el referente empírico del enunciado, es decir el hecho material del cual está hablando, el significado del enunciado mismo cambia dependiendo si se quiere expresar descripciones o valoraciones del mismo hecho. En el contexto de un proceso, esta diferencia puede ser muy relevante, por ejemplo, para aplicar la regla según la cual el testigo no puede expresar valoraciones sino sólo comunicar su conocimiento; o bien respecto al problema de qué significa "probar" un enunciado de hecho según si se considera descriptivo o valorativo.

c) Se debe tener en consideración, además, la *construcción cultural* del enunciado fáctico. Cada enunciado relativo a la conexión entre eventos implica el uso de categorías de interpretación de la realidad en función de las cuales dichas conexiones se construyen y su significado cambia según las categorías que se utilicen para formularlo. Por ejemplo, una cosa es usar la categoría de *causa* en lugar de la de *probabilidad* para decir que X es consecuencia de Y; otra cosa es hacer referencia a un espacio cartesiano en lugar de un espacio con *n* dimensiones; otra es razonar presuponiendo una concepción lineal y discreta del tiempo en lugar de la curva espacio-tiempo, etc. La construcción específicamente cultural tiene que ver con el hecho de que los presupuestos éticos, políticos,

consuetudinarios o religiosos a menudo juegan una función importantísima para determinar las modalidades con que un hecho se describe, imponiendo la selección inclusiva de los diferentes aspectos de ese hecho en función de sus significados culturales. Un musulmán y un católico pueden describir un hecho de manera, al menos, parcialmente distinta, del mismo modo que sujetos con orientación política diversa puede atribuir significados simbólicos diferentes al color de una bandera.

d) Finalmente, es necesario tener en consideración la *construcción social* del enunciado fáctico. Este tipo de construcción se vincula con el importantísimo fenómeno que Searle denomina "construcción de la realidad social", y que hace referencia a la llamada teoría de los hechos institucionales. Como es sabido, se trata de aquellos hechos cuya existencia y determinación no está en función de una referencia empírica o material directamente perceptible, sino más bien en función de contextos sociales que "crean" y definen determinados hechos. El ejemplo del dinero, que presente Searle, es muy significativo, pero muchos otros hechos institucionales (como la mayoría de edad, el *estatus* familiar, la posesión de un título de estudios, etc.) se pueden definir solamente en función del contexto social (político, jurídico, económico e institucional) dentro del cual son concebibles como "hechos". Se puede afirmar que un hecho viene enunciado de un modo determinado en función de su ubicación en un contexto institucional. Por lo tanto, podemos decir que el enunciado *incorpora* la configuración institucional del hecho.

Los elementos relacionados con las diferentes dimensiones de construcción de un enuncio fáctico, se pueden identificar en forma ágil en cualquier enunciado, incluso en los enunciados de (1) a (6) que han sido propuestos al inicio a manera de ejemplos. Respecto a ello no es

necesario hacer aquí un análisis detallado, pero algunos comentarios pueden resultar útiles.

Por ejemplo, los enunciados (1), (2) y (3) se refieren a circunstancias que pueden considerarse "existentes" sólo en el mundo de las transacciones financieras, y que no se pueden encontrar en el mundo de la realidad empíricamente verificable. Aquí cobra utilidad el discurso de Searle respecto a las realidades *socialmente construidas*, en las cuales lo que cuenta no es el aspecto empírico (si es que existe, aunque no siempre existe o es perceptible), como el sonido, las imágenes, el papel escrito, etc., sino más bien el conjunto de convenciones, de conexiones y de símbolos, en función de los cuales, por ejemplo, un billete es dinero y no un simple pedazo de papel coloreado.

Consideraciones en buena medida análoga, se pueden hacer también en relación con los demás enunciados. Por ejemplo, respecto a (4) se puede decir que el adulterio tiene una evidente connotación empírica (que aquí no es necesario describir en sus detalles); sin embargo, la práctica de las relaciones sexuales entre A y C no es importante sino en un contexto social y éticamente construido en el cual dicho comportamiento es considerado moralmente de manera negativa (aunque muchas veces no sea castigado por el derecho penal), considerando así justificada la reacción negativa de B, consistente en considerar intolerable la convivencia conyugal con A. En un contexto social, moral o religioso, en el cual una relación sexual con persona distinta del cónyuge tuviese la misma consideración que una cena en un restaurante con esa misma persona, no se podría hablar de adulterio y (4) no tendría sentido. El enunciado (5) tiene evidentemente una base empírica, en cuanto presupone que A y B hicieron declaraciones con cierto contenido, y tiene además implicaciones psicológicas (si se piensa que dichas declaraciones manifiestan las voluntad de A y B), pero queda claro que ello adquiere

importancia sólo en esa particular realidad social y jurídicamente construida que es el mundo de las relaciones contractuales. En (6), finalmente, hay un elemento empírico especialmente evidente, que no es necesario explicar, pero es claro que el significado del enunciado no se puede reducir a simples hechos materiales: más allá del hecho de que también la medición y la determinación del tiempo (el día D a la hora H) es fruto de una convención, es suficiente subrayar que el hecho narrado se define como tal con la condición de emplear la categoría de causa como principio de interpretación y de explicación de la conexión entre el comportamiento de A y la muerte de B.

Estos ejemplos no sólo sirven para confirmar que las circunstancias que pueden ser relevantes en un proceso pueden ser de la naturaleza más diversa, con grados "empíricos" o de "construcción" más o menos elevados, sino que muestran también que estas diferencias deben ser tomadas con cautela, al menos en el ámbito del discurso que aquí se está haciendo y que tiene que ver fundamentalmente con el problema de la prueba de los hechos. Por un lado, parece evidente –como se ha tratado de demostrar sintéticamente- que todo enunciado fáctico es el resultado de complejas actividades de "construcción" que determinan su formulación u significado; por otro lado, sin embargo, todo lo anterior no impide que se pueda predicar la verdad o la falsedad del enunciado fáctico, y que, por lo tanto, pueda ser objeto de prueba en un proceso. Por dar un solo ejemplo, que será retomado más adelante: volvamos al enunciado (1), que se refiere a una realidad que se puede considerar fruto exclusivo de una compleja y sofisticada construcción social, en la cual los elementos empíricos (el sonido de un anuncio; el papel en el cual está escrito) son totalmente prescindibles. Ahora bien, el hecho de que modificar la tasa de cambio norteamericana produzca las consecuencias que produce sólo si (1) es verdadero, y no produzca consecuencias o las produzca diferentes si (1) es falso, persiste. El mismo análisis puede hacerse respecto de los otros enunciados que estamos considerando,

independientemente del grado empírico o de "construcción social" o cultural que presenta cada uno de ellos.

2. El contexto procesal

Aunque, como ya se ha mencionado, el contexto del proceso judicial sea sustancialmente parecido a otros contextos en los cuales puede surgir el problema de establecer si (1)-(6) son verdaderos o falsos, resultará útil realizar algunos comentarios más específicos respecto al contexto procesal, destacando algunas de sus especificidades que lo hacen diferente a otras situaciones.

a) Un primer aspecto importante consiste en el hecho que en el ámbito del proceso la relevancia de los hechos (y, por tanto, de los enunciados a ellos referidos) se determina, en primer lugar, en función de las consecuencias jurídicas que les pueden ser atribuidas. Al respecto, se habla, como ya se ha mencionado, de *relevancia jurídica* respecto de aquellos hechos que producen inmediatamente las consecuencias previstas por las normas jurídicas que a ellos se refieren. Hay que recalcar, no obstante, que estos hechos son específicos también en el sentido de que se introducen en el proceso sobre la base de opciones y decisiones particulares de determinados sujetos. Por ejemplo, en el proceso civil sólo se incorporan y asumen relevancia de los hechos que las partes plantean como objeto de sus demandas y excepciones, en virtud de los principios que atribuyen a las partes y no al juez el poder determinar el objeto del proceso.

Además, como también se ha dicho ya, también se incorporan al proceso aquellos hechos que resultan lógicamente relevantes: a éstos no se les vincula directamente consecuencia jurídica alguna, pero de ellos se pueden extraer inferencias lógicas que pueden producir conclusiones

respecto a la verdad o falsedad de los enunciados relativos a hechos jurídicamente relevantes. Por lo tanto, la relevancia jurídica es el criterio estándar principal en función del cual se determina, directa o indirectamente, cuáles son los hechos (o más bien, los enunciados a ellos referidos) que se "incorporan" al contexto procesal, ya sean hechos principales o secundarios, que pueden producir consecuencias en relación con los hechos principales. Criterios similares pueden ser también usados útilmente en otros contextos, en los cuales asuma importancia la calificación jurídica de una determinada situación; sin embargo, son típicos del contexto procesal.

b) En el ámbito del proceso se producen continuamente situaciones de contraste dialéctico en las que se formulan distintas narraciones a propósito de los hechos jurídica y lógicamente relevantes. Ahora, si se observa el proceso desde la perspectiva del principio de contradicción, puede ser concebido precisamente como un "lugar" típico de desencuentro y de conflicto entre narraciones diferentes –y a menudo en conflicto- de los mismos hechos. En otros términos, todo hecho puede ser objeto de enunciados diferentes y contradictorios (es decir: a cada enunciado se puede oponer otro diferente y contradictorio). En la situación-tipo los abogados de las partes narran hechos diferentes o narran versiones diferentes y opuestas del mismo hecho. Por ejemplo, para el abogado de A (5) es verdadero, pero (5) es falso para el abogado de B. Por razones análogas, un testigo presentado por A dirá que (5) es verdadero, mientras que un testigo presentado por B dirá que (5) es falso, etc. Naturalmente, se producen situaciones procesales mucho más complejas, en las cuales cada una de las partes presenta su propia versión de los hechos (principales y secundarios, más o menos numerosos de acuerdo a cada caso), y cada uno de los testigos (que pueden ser incluso numerosos) narra su propia versión de los hechos. Además, estas versiones pueden cambiar durante el curso del proceso, cuando las partes modifican sus posiciones y a

medida que se van practicando las pruebas. Si quisiéramos tomar en consideración la dimensión "verbal" o "narrativa" del proceso, como sugieren las teorías narrativas, no podemos dejar de observar que el proceso no constituye *una narración*, sino que incluye una pluralidad de narraciones y de enunciados fácticos específicos, provenientes de diferentes sujetos (partes, abogados, testigos, peritos, jueces), que no sólo pueden tener como objeto circunstancias diversas (el testigo T1 habla del hecho X; el testigo T2 habla del hecho Y, y así sucesivamente), sino que *en general* están formadas por enunciados diferentes y opuestos respectos al mismo hecho (el testigo T1 dice que el hecho X sucedió; el testigo T2 dice que el hecho X no sucedió). Naturalmente, cada una de estas narraciones (o de estos pedazos de narraciones) puede ser verdadera o falsa. Sin embargo, ellas están presentes *en el mismo contexto procesal* y no forman, de ninguna manera, una sola narración coherente y omnicomprensiva. El proceso es el lugar de conflicto, de competición y de oposición entre posiciones diferentes y, por lo tanto, también entre narraciones diversas de los hechos jurídica y lógicamente relevantes, en la específica situación de litigio; no es un lugar de cooperación entre varios sujetos que redactan una historia sobre cuyo contenido y veracidad se encuentran todos de acuerdo. Es más, cuando al final del proceso el juez determine que una de las versiones de los hechos de las causas es la "verdadera", no lo hará mirando simplemente qué narración global surgió del proceso, sino *eligiendo*, entre las diversas versiones que se formularon durante el proceso, aquella versión específica que considera preferible. Podríamos decir que al final del proceso el juez no se limita a *constatar* que surgió una versión de los hechos, como narración unitaria y coherente de los mismos, a partir de la convergencia de las narraciones formuladas por los sujetos del proceso, sino que *resuelve el conflicto entre narraciones* diversas, eligiendo una y descartando las otras como falsas e inaceptables. Éste es un aspecto del proceso judicial que las Teorías narrativitas

tienden a dejar de lado o a subvalorar, pero que, en cambio, es fundamental si se quiere comprender "quien narra que" y cuántas y cuáles narraciones de los hechos componen la dimensión narrativa del contexto procesal.

c) Estas consideraciones nos llevan a poner especial atención en el acto final del proceso, es decir en la decisión judicial, como acto de elección entre las varias versiones de los hechos (entre los diferentes enunciados) que han marcado el desarrollo del proceso. Especialmente, y en lo que respecta a la narración de los hechos, se trata de establecer qué criterio usa el juez para elegir, entre las versiones opuestas ofrecidas por las partes, aquélla que, en cierto modo, representa el resultado del litigio procesal, o bien, si el juez mismo se construye una versión propia y diferente. Una respuesta obvia, que frecuentemente se da, es que el juez debería determinar cuál es la versión de los de la causa que se puede considerar *verdadera* en algún sentido del término, descartando, pues, aquellas versiones que resulten *falsas*.

Sin embargo, existen opiniones bastantes diferentes respecto al problema de si la verdad de los hechos (es decir, de los enunciados respectivos) puede o debe considerarse como una finalidad del proceso judicial. Por ejemplo, quien considera que la función del proceso es solamente poner término a la controversia, se inclina por excluir que éste tenga como finalidad la determinación de la verdad de los hechos Todavía más, la búsqueda de la verdad incluso puede ser vista como un obstáculo práctico para lograr rápidamente el objetivo consistente en eliminar la controversia. En cambio, quien considera que la función del proceso es aplicar la ley, poner en práctica el derecho y garantizar efectivamente los derechos individuales y colectivos, se inclina por configurar la determinación de la verdad de los hechos como finalidad o valor *instrumental*, al que se debe tender para acercarse al objetivo principal del proceso, entendido como la formulación de una decisión jurídicamente correcta.

Una de las maneras de configurar esta distinción tiene que ver con el concepto de *justicia*: un concepto absolutamente incierto y complejo, pero que difícilmente se puede evitar cuando se habla del proceso como un modo de "administrar justicia". Desde esta perspectiva, un punto importante es establecer a qué se refiere la calificación de la decisión judicial en términos de justicia, es decir, qué se quiere decir cuando se habla de *decisión justa*.

Una primera hipótesis, que desde hace algún tiempo se ha ido difundiendo, basada en las doctrinas rawlsianas, es que, para que exista una decisión justa, es necesario y suficiente que sea el resultado de un procedimiento justo aplicado correctamente. Se trata, como es evidente, del concepto de *pure procedural justice*, en función del cual la justicia del procedimiento es el único elemento que determina la justicia del resultado. Este concepto tiene una gran fuerza explicativa y se aplica adecuadamente en diferentes contextos como el de los juegos, las apuestas y competiciones, en los cuales es ciertamente justo el resultado que se logra con la aplicación de procedimientos correctos. Esto también se usa en otros contextos, como en los procesos electorales o parlamentarios, en las relaciones internacionales y en la filosofía política, en los cuales –quizás por la extrema dificultad o por la imposibilidad de definir si una situación es justa o injusta según criterios substanciales- se hace coincidir la justicia de la solución con la justicia del procedimiento utilizado para alcanzarla. Desgraciadamente, este concepto tan fecundo tiene la máxima importancia, como es el caso del proceso judicial (que no por casualidad el mismo Rawls ubica en la segundo categoría de la *imperfct procedural justice*). Evidentemente, esto no sucede porque en el proceso no tenga importancia la justicia del procedimiento: al contrario, se habla mucho de justicia de los procedimientos judiciales, por ejemplo, cuando se trata de definir las condiciones para un "debido proceso", en el sentido del art. 6 de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma

1950) o en el sentido del actual art. 111 de la Constitución Italiana (modificado por la ley constitucional N° 2 de 2000).

La razón del fracaso es que la justicia del procedimiento puede considerarse, ciertamente, como *una* condición de justicia de la decisión (al menos en el sentido de que no estamos dispuestos a aceptar como justa una decisión tomada dentro de un proceso injusto, en el cual, por ejemplo: el juez no practicó pruebas o hubiese decidido tirando los dados o basándose en una confesión obtenida con la tortura), pero no puede ser considerada como la *única* condición, o como condición suficiente de la justicia de la decisión. Esto deriva esencialmente del hecho de que, sin menospreciar las numerosas metáforas del "proceso como juego", el proceso judicial, de hecho, no es asimilable a un juego, la más importante de ellas es que los procesos no terminan como los juegos, las apuestas o las competiciones, ni siquiera como terminan los procesos electorales u otros tipos de *pure procedural justice*. Un juego contiene en sí mismo (es decir: en sus reglas de procedimiento) el mecanismo que predetermina su resultado: la fijación de límites de tiempo, las formas en que se asignan los puntajes, las maneras como se formulan y asignan los votos, el orden de llegada, el jaque mate, o el impasse, etc. En todos estos casos no se necesita de nada más para determinar de quien es la victoria o la derrota, como tampoco se puede decir que la victoria es justa, al igual como se dice que una decisión es justa (sólo para las barras es justa la victoria de su equipo, y sólo para el que gana es justo el resultado de la lotería, pero está claro que, en este caso, "justo" tiene un significado especial), como tampoco la derrota puede considerarse injusta.

El proceso, en cambio, no tiene en sí mismo –es decir, en las reglas de procedimiento- mecanismo alguno que predetermine su resultado aunque, obviamente, el desarrollo concreto y específico de todo proceso condiciona de varias maneras el contenido de la decisión final (salvo el caso excepcional,

que aquí no tiene importancia, que el proceso se interrumpa o se cierre con una sentencia que no resuelva el fondo del asunto). Un proceso "justo", es decir que se desarrolle correctamente en cuanto la aplicación de reglas procedimentales oportunas, no garantiza necesariamente una decisión justa. Se podrá decir que esta decisión es *legítima* desde un punto de vista formal, porque es el resultado de la correcta aplicación de las "reglas del juego", pero todo eso no implica necesariamente que la decisión sea también justa. La razón es que la decisión puede ser considerada *justa* sólo si se dan otras condiciones, que son consideradas conjuntamente necesarias y que están determinadas por el respeto de criterios *substanciales* de justicia.

El problema deriva del hecho que el proceso se termina con una decisión (no con el vencimiento de un plazo o con la constatación de quien llego primero a la meta), y esa decisión proviene –al menos en los sistemas modernos en los cuales rige el principio de subordinación del juez a la ley- de la aplicación de *normas* en los casos concretos que son objeto de decisión. En este sentido, puede resultar útil el concepto de *rule-based decisión* que Frederick Schauer elaboró en oposición al de *particularistic decision*, y que muestra muy bien el carácter esencial de la decisión judicial fundada en normas jurídicas.

Aplicar una norma en un contexto de decisión implica =como todos sabemos= innumerables problemas, que van desde la interpretación de la norma a la pluralidad de formas argumentativas con las cuales una norma puede ser utilizada en un caso concreto, o mediante las cuales el caso concreto puede ser llevado al campo de aplicación de la norma. Estos problemas son importantes, obviamente, pero no es necesario discutirlos en este momento. Aquí, basta subrayar que la decisión judicial puede considerarse justa desde el punto de vista sustantivo sólo se deriva de la correcta aplicación de la norma jurídica (no importa si es legislativa, jurisprudencial, etc.) que rige el caso

particular. En síntesis, se da una correcta aplicación de la norma jurídica al caso concreto sólo si:

1. la norma es adecuada para el caso y ha sido correctamente interpretada
2. se ha determinado la verdad acerca de los hechos que constituyen el caso.

La primera condición, no puede ser discutida aquí porque remite a todos los innumerables problemas que afectan a la interpretación y la aplicación de la ley por parte de los jueces: supongamos, por simplificar, que el juez elija la norma jurídica que regula mejor el caso concreto, y la interpreta de la mejor manera.

En cambio, vale la pena subrayar que también la segunda condición es *necesaria* (aunque obviamente no es suficiente) para la justicia de la decisión. Para entender esta afirmación, basta considerar que toda norma –especialmente, toda norma sustantiva- consiste en la atribución de consecuencias jurídicas para el caso de que se produzcan las circunstancias específicas previstas, en términos generales, por la misma norma. Para utilizar conceptos tan consolidados que se consideran obvios, se puede mencionar la *abstrakte Tatbestand* de la doctrina clásica alemana, o la *fattispecie* de la doctrina civil italiana o el "frástico" del que habla Hare, para hacer referencia a la parte de la norma en la que se formula la prótasis y se define la condición de hecho que debe darse para que se produzcan los efectos previstos por la norma (está claro que aquí se simplifica radicalmente el análisis estructural de las normas y del procedimiento para su aplicación, pero se mantiene el hecho de que la típica norma sustantiva presenta esta estructura de fondo y se aplica cuando las definiciones abstractas del supuesto hecho de la norma, se corresponden con las circunstancias del caso particular).

Dado lo anterior, es evidente que si la norma N identifica el supuesto de hecho H como premisa necesaria para determinados efectos jurídicos, pero el hecho individual *h* que corresponde a H no existe (en la medida en que es falso el enunciado que lo describe), entonces la norma N no puede ser aplicada en este caso. Si, de todas maneras, el juez la aplica, ello basta para decir que la decisión *no es justa*. En términos positivos, esto significa que la decisión judicial es justa desde el punto de vista de la aplicación de las normas sustanciales sólo si es verdadero el enunciado referido a un hecho que constituye la condición de aplicación de la norma. Por otro lado, las modalidades con las que el juez formula la decisión no coinciden con el procedimiento que se desarrolló con anterioridad a la fase decisoria, y por lo tanto, la justicia de la decisión no puede coincidir con la justicia del procedimiento. De hecho, es obvio que a un proceso justo puede seguir una decisión injusta, si el juez se equivoca al interpretar la norma o si los hechos no se determinan correctamente porque el juez valora en modo equivocado el resultado de las pruebas.

3. La prueba

El proceso y, en particular, la decisión final, pretenden resolver la incertidumbre que se da respecto a la verdad o falsedad de los enunciados que tiene que ver con los hechos relevantes de la causa. La *prueba* es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales, se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre. Según esta definición, son prueba tanto los instrumentos para adquirir información que están expresamente

regulados por la ley (las denominadas pruebas *típicas*) como aquellos que la ley no regula expresamente (las denominadas pruebas *atípicas*) pero que, sin embargo, pueden servir para fundar la decisión sobre los hechos. Podemos agregar que, en términos generales, se pueden considerar como racionalmente admisibles todas las pruebas, típicas o atípicas, que sean *relevantes* en la medida que aporten informaciones útiles para formular esa decisión; se excluyen del proceso sólo aquellas pruebas que, aún siendo relevantes, sean calificadas como inadmisibles por alguna norma jurídica especifica (como por ejemplo, las pruebas ilícitas o aquéllas para cuya adquisición habría que violar el secreto personal o profesional).

En este contexto, se acostumbra a decir que la función de la prueba es la de ofrecer al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso. A su vez, se dice que un enunciado fáctico es *verdadero* si está confirmado por pruebas y es *falso* si las pruebas disponibles confirman su falsedad; y *no está probado* si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad. En función de cuál de estas posibilidades se dé, el juez decidirá de uno u otro modo y extraerá consecuencias jurídicas.

Estas cosas son obvias y ni siquiera valdría la pena discutir sobre ellas, si no fuere por su calidad de premisas para discutir un problema importante respecto de la naturaleza de la prueba judicial. Este problema deriva del hecho de que –simplificando mucho un panorama tremendamente complejo- parece que existen al menos dos concepciones fundamentales de la prueba judicial.

Según una primera concepción, la prueba es, esencialmente, un *instrumento* de *conocimiento*. Así, la prueba ofrece informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados en el proceso. Por ejemplo, un documento "representa" una declaración y por lo tanto

informa acerca del hecho respecto del cual la declaración ha sido tomada: (5) se demuestra como verdadero –al menos *prima facie*- si lo contiene un documento (y no se objeta la autenticidad del documento). Una grabación "representa" un hecho que se afirma que sucedió: (1) se demuestra como verdadero si la CNN transmite una grabación en la cual Alan Greenspan declara oficialmente la reducción de la tasa de interés (y nadie objeta la autenticidad de la grabación). Un testigo "declara" conocer determinados hechos: (6) se demuestra como verdadero T declara haber presenciado el hecho tal como se describe (y nadie objeta la credibilidad del testigo), y así sucesivamente. Naturalmente, lo que se prueba puede ser también la falsedad de determinados enunciados: un documento puede contener una declaración diferente de (4); una grabación puede mostrar a Greenspan negando cualquier variación de la tasa de interés; un testigo puede decir que no ha sido A quien disparo a B, etcétera. En todo caso, se puede decir que la prueba es un instrumento que da información respecto al contenido del enunciado, y da a conocer la circunstancia sobre la que versa el enunciado, con la consecuencia que el enunciado mismo puede considerarse verdadero o falso sobre la base de la prueba o las pruebas que a él refieren. A su vez, se puede decir que el hecho ha sido conocido, sobre la base de las pruebas que demuestran la verdad del enunciado correspondiente. Que este conocimiento (al igual que todo el conocimiento) sea relativo al contexto en el cual el hecho se conoce (el proceso) y sea, además, *context-laden* en los diversos sentidos que se indicaron anteriormente, no tiene especial importancia: nadie duda sensatamente de que en el ámbito del proceso no se establecen verdades absolutas y que cualquier conclusión que el juez extraiga del análisis de las pruebas depende de las pruebas que se incorporaron al proceso. Estas limitaciones, intrínsecas al contexto en el cual se usa la prueba judicial, pueden influir sobre el *grado de verdad* (o mejor dicho: sobre el grado de aceptabilidad, de probabilidad o de confirmación) que puede ser atribuido a los enunciados fácticos, pero no excluyen

que, a través de las pruebas, se determine la verdad o falsedad de estos enunciados y que, por lo tanto, se conozcan los hechos de los cuales se ocupan esos mismos enunciados.

De acuerdo con la segunda concepción, la prueba no sería más que un *instrumento de persuasión*, y como tal no tendría nada que ver con el conocimiento de los hechos. La prueba no serviría, pues, para establecer la verdad o falsedad del enunciado alguno y, por tanto, tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada, sino que serviría sólo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico. La prueba, según esta concepción, no ofrece información sino elementos de persuasión. Es decir, en el juicio no se "conocen" los hechos: todo se agota en los discursos y narraciones que se hacen en el proceso, y de esa manera se puede definir como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido, pero sólo en función del hecho de que realmente lo esté y afirme estarlo. Cualquier cosa que piense el juez, estando persuadido de ella, está probada y, por lo tanto, se puede considerar verdadera a los efectos del proceso. En el marco de una concepción de este tipo, es extremadamente difícil (y, de todas maneras, totalmente inútil) analizar las características y la estructura de la prueba: de hecho, ella es compatible con (más aún, implica) una concepción irracional de la prueba judicial y, en todo caso, no exige que se dé una definición específica de la prueba. Dado que la persuasión de un sujeto respecto a cualquier cosa es de hecho un estado psicológico y nada más, la prueba puede ser cualquier cosa que hubiese incluido en la formación de este estado psicológico y tiene valor en la medida en que haya producido ese efecto, no por otras razones. Por otra parte, la persuasión puede deberse a cualquier causa, no sólo a la producción de pruebas en sentido estricto, por lo que resulta más tiempo ocioso preguntarse en el plano teórico qué es una prueba. Todo el problema se reduce a constatar *ex post* si el juez está o no persuadido de la verdad o falsedad de un

enunciado. No se puede siquiera discutir si el convencimiento del juez es correcto o equivocado, porque ello supondría una teoría descriptiva o normativa de la prueba y del convencimiento del juez, mientras que las persuasiónes no son correctas ni equivocadas, ni verdaderas o falsas: simplemente existen o no en la mente del juez.

Al respecto, se puede observar que la prueba, como en el cuento de los dos ciegos que tocan a un elefante y uno cree que es un árbol y el otro una serpiente, es un fenómeno bastante complejo, de modo que no nos puede sorprender que se describan y se representen diversos aspectos a partir de diferentes puntos de vista. Sin embargo, hay que señalar que las dos concepciones hasta ahora individualizadas no son equivalentes entre ellas, y mucho menos intercambiables (tal como un árbol no es una serpiente).

En particular, respecto a la segunda concepción de la prueba, que podríamos denominar *persuasiva*, se puede decir que no es totalmente falsa, en la medida en que contiene algunos elementos de verdad. Sin embargo, es absolutamente *parcial* (y, por lo tanto, resulta falsa si se considera como la única concepción posible), ya que se corresponde típicamente con el punto de vista del abogado. En efecto, es especialmente el abogado quien usa las pruebas no con el fin de conocer o de comunicar conocimientos, sino con el fin de convencer al juez sobre la credibilidad de *su* versión de los hechos. El objetivo fundamental que persigue el abogado no es el de descubrir la verdad, o de tratar que el juez la descubra, sino el de ganar el caso. Puede decirse que el abogado puede estar verdaderamente interesado en descubrir la verdad en un solo caso: cuando la verdad de los hechos conduzca a la victoria de su cliente. En el caso opuesto, es decir cuando el descubrir la verdad podría llevar a la derrota de su cliente, el interés efectivo del abogado es que ésta permanezca en el misterio o que, en todo caso, el juez determine los hechos probados en un sentido favorable, aunque no sea verdadero. No

es casualidad que el abogado no tiene ninguna obligación de presentar todas las pruebas de las que tiene conocimiento y menos aún aquellas que no favorecen a su cliente (pero que servirían para demostrar la verdad): tiene sólo el interés de presentar todas las pruebas *favorables* que posee. El único límite al comportamiento del abogado es que no puede hacer uso de pruebas cuya falsedad conoce.

Si bien éste es el punto de vista típico del abogado, no es el único punto de vista antes del cual se puede mirar el problema de la prueba y del conocimiento de los hechos y, tal vez, no es siquiera el punto de vista teórico más rico. Por otro lado, se puede observar que la pura y simple persuasión, desconectada de cualquier posible relación con el conocimiento, puede conducir a conclusiones falsas. Un testigo que parece muy persuasivo (tal vez porque, como requiere el tópico, es una mujer fascinante) puede hacer declaraciones falsas; un documento falso puede parecer auténtico y por lo tanto puede ser la base de la persuasión del juez. Sin embargo, las pruebas falsas ni siquiera son buenas para los abogados: están excluidas por ley y su uso consciente generalmente es castigado. Así pues, ni siquiera para el abogado es del todo irrelevante saber si la prueba ofrece informaciones verdaderas o informaciones falsas que podrían llevar al juez a convencerse de una versión errónea de los hechos.

El otro punto de vista importante es el del juez y, para dar cuenta de él, es mejor la concepción *cognoscitiva* de la prueba, presentada más arriba. De hecho, es verdad que el juez debe, de algún modo, "persuadirse" de la verdad o falsedad de un enunciado fáctico y, por tanto, no es completamente erróneo plantear que su convencimiento puede ser *también* fruto de la persuasión. Pero ello no agota de ninguna manera el problema. Por un lado, el juez debe fundar su decisión exclusivamente en pruebas admisibles. Por lo tanto, no es irrelevante cuál sea la fuente de su persuasión: si esta deriva de informaciones

extrajudiciales (la denominada "ciencia privada" del juez) o de pruebas ilícitas o inadmisibles, la decisión no se podrá basar en ellas sólo porque el juez las encuentre persuasivas. Por otro lado, el juez debe someter a control crítico las fuentes de su convencimiento (verificando la autenticidad y la credibilidad o la falsedad de la prueba), las inferencias que formula de un enunciado fáctico a otro (ya que los criterios de su razonamiento deben ser aceptables y lógicamente válidos) y la fundamentación de las conclusiones que extrae (ya que sus elecciones deben estar racionalmente justificadas). Puede resultar, entonces, que el juez llegue a conclusiones que estén racionalmente fundadas en los elementos de prueba de que dispone, pero que estén en oposición con sus perturbaciones personales basadas otras causas: en este caso, la persuasión subjetiva del juez no cuenta, la decisión debe fundarse sobre la base de informaciones objetivamente controlable y de argumentaciones lógicamente válidas. A diferencia del abogado, el juez no tiene nada que ganar en la competición judicial, y no está (o al menos no debería estar) inclinado a hacer prevalecer una versión de los hechos y no otra, para favorecer el interés de Ticio o de Cayo: su punto de vista es el de quien debe tratar de alcanzar una decisión justa, en los términos indicados anteriormente.

Naturalmente, el sentido que debe atribuirse a la posición del juez depende de cómo se conciba la función de juzgar. Si se sostiene, como hacen muchos, que el juez sólo tiene el rol de un árbitro pasivo en el debate de las partes, con la única función de sancionar las violaciones a las reglas del juego, entonces no se espera que el juez establezca la verdad de los hechos (en ningún sentido del término). En este caso, es difícil (si no imposible) explicar cómo puede hacer el juez para formular la decisión y cuál es la función de la prueba: es justamente en el vacío conceptual que aquí se produce donde encuentra espacio en la concepción persuasiva de la prueba. Si no se sabe cómo decide el juez

(ni se le prescribe decidir según criterios determinados) y no se sabe cuál es el resultado de la prueba, se puede conjeturar que estas sirven únicamente para persuadir al juez y que éste termine considerando verdadero sólo aquello de lo que está persuadido. Resulta claro, sin embargo, que en este ámbito no hay espacio para ninguna teoría de la decisión justa: además, si se piensa que la función de la decisión es simplemente poner término a la controversia, que esa es la finalidad fundamental del proceso, no tiene importancia si la decisión se funda o no en enunciados fácticos verdaderos, como tampoco si se aplican o no de manera apropiada las normas jurídicas que regulan el caso. En el proceso, entendido como libre competición entre las partes, en el cual el juez tiene sólo una función equivalente a la de un árbitro deportivo, gana, por definición, el más hábil o el más fuerte, no aquel que tendría razón sobre la base de los hechos y de las normas.

Si, en cambio, se considera que el juez, además de gobernar el proceso, es el garante de la correcta aplicación de la ley y que tiene la tarea fundamental de asegurar la tutela efectiva de los derechos, entonces el acento se traslada necesariamente hacia los criterios en función de los cuales el juez formula su decisión. Desde esta perspectiva, se espera que ésta no sea "cualquier decisión", que resultaría aceptable si el interés fuera lograr poner término "de cualquier manera" al litigio, sino que sea una decisión *justa* en el sentido definido anteriormente. Esto implica que la decisión resulte de la correcta aplicación de las normas jurídicas que regulan el supuesto de hecho, pero la correcta aplicación de la ley en el caso concreto implica -como ya hemos visto- que hayan sido determinados los hechos "adecuados", es decir que se haya establecido la verdad o la falsedad de los respectivos enunciados a partir de las pruebas disponibles.

En la práctica judicial, la función cognoscitiva y la función persuasiva de la prueba se entrecruzan de varias maneras en función de los diferentes

contextos procesales concretos, con el resultado de que puede incluso hacerse difícil distinguirlas. En el plano teórico parece, de todas maneras, evidente que la concepción persuasiva no agota la función de la prueba y sólo consigue poner de relieve algunos aspectos de su uso forense. La concepción cognoscitiva, en cambio, identifica exactamente la función de la prueba, que están directamente relacionadas con la función del juez tal cual se define en los sistemas que exigen que la decisión sea "justa en los hechos" y no sólo en el derecho.

4. Prueba y verdad

Como se ha señalado ya anteriormente, el problema de la verdad o falsedad de los enunciados fácticos se plantea en contextos muy diversos, en los cuales del hecho de que un enunciado sea verdadero o falso se extraen consecuencias relevantes. Es el caso de los enunciados (1)-(6) analizados al comienzo, ya que la verdad o falsedad de cada uno de ellos puede ser relevante en varios contextos y para varios efectos, pero sucede exactamente lo mismo en otros innumerables casos. Como también se ha visto, este mismo problema se plantea en el contexto del proceso, en el cual la verdad o falsedad de un enunciado fáctico es relevante, de forma que se hace necesario probar si dicho enunciado es verdadero o falso.

Se acostumbra a decir (como ya se mencionó anteriormente) que el contexto del proceso es peculiar por muchas razones: porque hay reglas de exclusión de cierto tipo de pruebas, porque a veces hay normas que determinan *a priori* el valor de ciertas pruebas, porque *interest rei publicae ut sit finis litium* de tal forma que la búsqueda de la verdad no puede durar indefinidamente, etcétera. Éstas observaciones son correctas, a pesar que su significado cambia mucho de un proceso a

otro, pero no excluye en absoluto que también en el proceso se tienda a establecer la verdad de los hechos por medio de las pruebas, de una forma substancialmente similar al cuánto sucede fuera del proceso. De hecho, tampoco en los demás sectores de experiencias se cuenta con todas las informaciones posibles, por las más variadas razones (incluso, por ejemplo, la necesidad de tomar en cuenta algunas normas que también fuera del proceso protegen la *privacy* individual y el secreto profesional), y se tiene también un límite del tiempo y de recursos para la búsqueda de la verdad de un hecho, cuyo conocimiento sirve para tomar una decisión ulterior. Sin embargo, no se duda, a pesar de estos límites, de que la búsqueda de la verdad tiene sentido y que un decisor racional debe tender a maximizar la verdad de su conocimiento sobre los hechos que le interesan, si quiere maximizar la validez de sus decisiones y reducir el riesgo de errores que puedan traer graves consecuencias. Para dar un solo ejemplo entre los que ya se usaron, sería un pésimo decisor el asesor financiero que decidiera una inversión sin saber si (1) es verdadero o falso y, por lo tanto, sin tratar de buscar pruebas al respecto.

Obviamente, en el ámbito del proceso se puede hablar solamente de verdad relativa y *context-laden,* del mismo modo que se puede hablar de procesos más o menos orientados a favorecer la búsqueda de la verdad, pero también la relativización de la verdad opera en cualquier otro contexto de la experiencia (quizás con las únicas excepciones de la teología y la metafísica). Sin embargo, vale la pena precisar que el carácter contextualmente relativo de la verdad que se puede alcanzar en el proceso, no constituye una razón suficiente para afirmar que en el mismo se puede solamente hablar de verdad como *coherencia* de la decisión final respecto del contexto procesal y de las enuncia acciones o narraciones que en él se dan.

Por una parte, en efecto, si se observan los enunciados y las narraciones de los hechos que se formulan en el proceso, se descubre fácilmente -como ya vimos anteriormente- que provienen de sujetos diferentes, que tienen finalidades diferentes y, sobre todo, que en la mayoría de los casos, son contradictorios entre ellos. Siendo ésta la inevitable estructura dialéctica del proceso, resulta bastante difícil establecer *respecto a qué* debería ser coherente la decisión final sobre los hechos para que se pudiera considerar como verdadera y en qué debería consistir ese nexo de coherencia. Se podría decir que la decisión debería ser coherente con las afirmaciones de las partes y con el resultado de las pruebas, pero ¿qué sentido puede tener todo eso en un contexto en que las partes hacen afirmaciones contradictorias y las pruebas, además, producen resultados divergentes y en conflicto?

Por otra parte, si se observa la coherencia interna de una narración específica, por ejemplo, la que el juez desarrolla en la sentencia, es fácil ver que la mencionada coherencia no garantiza de ninguna manera la justicia de la decisión. En efecto, existen narraciones perfectamente coherentes pero falsas: basta pensar en una buena novela con una estructura narrativa tradicional (sobre la cual nadie se pregunta si es verdadera, justamente porque se sabe *a priori* que no lo es) con un testimonio falso presentado por un testigo especialmente hábil. Sin embargo, el proceso no necesita de narraciones fantásticas o falsas, aunque sean coherentes: la justicia necesita de narraciones verdaderas, aunque algunas veces sean incoherentes desde el punto de vista narrativo. Como mucho, se podría sostener que una narración coherente es más persuasiva que una incoherente y que, por lo tanto, sería preferible como fundamento para la decisión. Todo ello, sin embargo, que supondría la aceptación de algunas premisas dudosas: a) que la coherencia de la narración es verdaderamente un factor -o el factor principal- del carácter persuasivo de la misma; b) que en el proceso se dan narraciones coherentes o que

sólo las narraciones coherentes pueden ser tomadas en consideración; c) que las pruebas sirven sólo para persuadir. Como se puede ver fácilmente, todas estas premisas son en realidad *question begging.*

Finalmente, si el único problema del proceso fuese el de ser un espacio en donde se formulan narraciones coherentes, ni siquiera tendríamos el problema de la prueba de los hechos: bastaría dejar hablar a los actores del proceso y luego determinar quién es coherente y quien no lo es. En ese caso, cada proceso terminaría coincidiendo con una *pièce* de teatro en la cual cada uno narraría lo que quisiera y como quisiera. Sin embargo, aparte del hecho que a menudo se trataría de una *pièce* especialmente larga y aburrida, hay que considerar que entre la justicia y la literatura existen, junto a similitudes superficiales que a menudo se exageran, diferencias radicales que no se deben perder de vista. En efecto, los criterios que se usan para interpretar y evaluar textos literarios son diferentes de los que se usan para establecer la justicia de la sentencia desde el punto de vista de su fundamento fáctico.

Resulta entonces que, a pesar de todas las dudas que se puedan tener respecto del concepto general de *verdad como correspondencia*, y todos los problemas que conlleva, este concepto de verdad es el único que resulta sensato en el contexto del proceso. Entre los muchos argumentos que se podrían mencionar en este sentido, vale la pena destacar especialmente dos.

El primer argumento, es que la norma sustantiva que usa el juez como criterio para la decisión, presupone que la Konkrete Tatbestand (es decir el hecho jurídicamente calificado que es objeto de decisión) se haya verificado efectivamente fuera del proceso y de sus narraciones, es decir, en el mundo de los acontecimientos reales (empíricos, históricos, materiales, etc.). Si dicho hecho no se ha producido "en la realidad", no se puede aplicar la norma y, si se aplica, es suficiente para calificar como injusta la sentencia.

La segunda razón, es que en el proceso se usan pruebas y que estas no sirven para producir narraciones, sino para proporcionar informaciones sobre acontecimientos que se conjetura que sucedieron fuera del proceso. En cierto sentido, la prueba es el nexo entre los discursos que se hacen en el proceso y los acontecimientos del mundo real: una película muestra "lo que sucedió"; una grabación permite oír "lo que se ha dicho"; un testigo veraz narra "lo que ha visto o escuchado" en el mundo de los hechos reales. Mediante este nexo el juez reconstruye "la realidad" de los hechos relevantes para la decisión.

Vale la pena realizar un comentario adicional: las consideraciones que preceden tienen sentido en general, con independencia del tipo de hecho del cual se hable. En otros términos, la concepción de la verdad procesal como correspondencia con la realidad externa y, por lo tanto, como demostrar en juicio mediante pruebas, es válida para todo tipo de hecho que el juez deba verificar. Es verdad que, en muchos casos, el juez no se enfrenta únicamente con hechos materiales empíricamente verificable. Los enunciados (1)-(3) son ejemplos especialmente claros de hechos cuya característica principal es -como ya hemos visto- que son socialmente construidos y se producen en contextos sociales extremadamente sofisticados y complejos, fuera de los cuales ni siquiera se podrían imaginar y mucho menos describir con enunciados declarativos.

Sin embargo, estos hechos particulares "suceden" fuera del proceso, en un mundo de fenómeno que no son irreales sólo porque han sido socialmente construidos. Cualquiera que sea su naturaleza ontológica, la reducción de la tasa del interés por parte de la *Federal Reserve* es un hecho de cuya existencia real dudarían pocos asesores financieros, en el caso de que tuvieran la prueba, con independencia de sus concepciones filosóficas fundamentales (en el caso de que tengan alguna). Si en una

controversia comercial internacional, es necesario establecer la entidad de intereses cuya tasa está vinculada a la tasa de interés americana, su reducción se considerará como un hecho importante que se ha producido (1) en el mundo de los fenómenos financieros "reales". Se trata, pues, de un hecho al que debe corresponder un enunciado procesal verdadero. En sentido inverso,un enunciado procesal que afirme que tal reducción se ha producido es verdadero sólo si, en el mundo "externo" de los fenómenos financieros, ésta se ha producido efectivamente. Consideraciones análogas se pueden hacer para todo hecho que sea social o culturalmente construido en su totalidad o parcialmente. Los hechos empíricos constituyen sólo el material bruto que se usa para las más diversas construcciones sociales, valorativas, simbólicas o de categorías.

Así, queda en pie la afirmación de Searle de que cada realidad construida socialmente, presupone una realidad no construida socialmente. No es casual que el mismo Searle aconseja realizar un "acto concluyente de limpieza filosófica" consistente en concebir la verdad como correspondencia a la realidad, aunque sea con una actitud similar a la que Susan Haack denomina *innocent realism.* Se trata, en definitiva, de reconocer que el mundo real existe y que de él se pueden dar infinitas descripciones verdaderas, siendo su verdad reportable al mundo real.

En todo caso, también ante enunciados que afirman la existencia de hechos como los que hemos analizado, ciertamente no reducibles a una simple dimensión empírica, el juez debe establecer la correspondencia del enunciado con la realidad del hecho que se está describiendo. De hecho, para esto sirven las pruebas, tanto en el proceso como en cualquier otro ámbito de la experiencia.

Investigación judicial y producción de prueba por las partes*

1. Introducción

La definición del papel del tribunal y de las partes en la recolección y presentación de prueba en el litigio civil, es un problema fundamental que ha sido y sigue siendo objeto de discusión y de variada experimentación en muchos sistemas procesales. El propósito de esta presentación no es desarrollar un análisis completo del tópico, que requeriría mucho más tiempo y una comparación completa de diversos sistemas, ni tampoco consiste en proponer una solución final al problema. Más bien, me gustaría bosquejar las características más significativas del tema, y luego sugerir una perspectiva con la cual éste podría ser adecuadamente manejado, con posibilidad que pudiera conducir a una solución.

Una observación preliminar es necesaria. Tradicionalmente, pero también hoy en día, el tema del rol activo del tribunal y el rol de las partes ha sido considerado mediante la bien conocida distinción entre los modelos de litigación civil *adversarial e inquisitivo*. Mi opinión es que esa distinción es equivocada e inductiva a errores: por lo tanto, debiera ser dejada de lado. Dicha distinción es descriptivamente falsa debido a

* Publicado por Revista de derecho (Valdivia) [online]. 2003, vol. 15 [citado 2009-03-18], pp. 205-213. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200010&lng=es&nrm=iso >. ISSN 0718-0950.

que ya no existen sistemas adversariales "puros" de litigación civil: todos los modernos sistemas procedimentales (incluyendo el inglés después de 1999 y el de Estados Unidos, pero también el de Alemania, el de Francia, el de España, el de Italia y el de China) proveen a los tribunales con un *rol de gestión*, usualmente fuerte, invistiendo al juez con poderes relevantes para recabar pruebas de su propia iniciativa.

Por otra parte, si "adversarial" significa que las partes tienen el derecho a incoar el caso, a determinar el objeto de la litis, y a desarrollar sus propias defensas presentando toda la prueba disponible, entonces todos los sistemas modernos son, en este sentido, adversariales, a pesar de que usen diferentes medios técnicos para concretar los derechos procesales de las partes. Más aún, si "inquisitivo" significa, como el origen y la historia del término lo sugieren, un procedimiento en el cual todos los poderes están en manos del tribunal y las partes no tienen ninguna oportunidad de ser oídas, entonces ningún sistema moderno de litigación civil podría ser apropiadamente definido como inquisitivo.

La distinción es también equívoca a causa de que, muy frecuentemente, se la usa como un arma ideológica en vez de como un medio de descripción. En otros términos, se usa con el ánimo de apoyar la creencia de que un sistema adversarial es bueno en sí mismo, porque se corresponde con la ideología liberal clásica de la sociedad, y también con la idea de justicia civil, siendo una estructura basada en la libre competencia entre individuos particulares ante un juez "arbitral" y pasivo. En el sentido opuesto, cualquier sistema inquisitivo se presenta como intrínsecamente malo y, en consecuencia, merecedor de rechazo porque le otorga al tribunal, es decir, al Estado, la posibilidad de interferir en el arreglo privado de las disputas, en tanto esos conflictos debieran ser dejados a la dinámica de la iniciativa individual y privada.

En mi opinión, estas razones son más que suficientes para abandonar la distinción entre los modelos de proceso civil adversariales e inquisitivos. Por ello, no la usaré en lo sucesivo.

2. Factores que Influencian las Aproximaciones al Problema

Las aproximaciones al problema del rol del tribunal y de las partes en la recolección de prueba, pueden ser muy diferentes, dependiendo de una variedad de factores que merecen al menos una breve consideración en este trabajo.

Uno de esos factores es la existencia de diferentes suposiciones sistémicas concernientes a los propósitos y a la función del litigio civil. Simplificando fuertemente un rango de opiniones muy diverso, podríamos identificar dos aproximaciones teóricas principales. La primera, se basa en la idea de que el propósito y la función del litigio civil es la resolución de disputas entre individuos privados. Eso significa que algunos sistemas legales y sociales no tienen un interés real en los contenidos y en la calidad de la decisión judicial, supuesto que esas decisiones son efectivas para superar los conflictos. Por así decirlo, un juicio puede ser correcto o incorrecto, justo o injusto, pero el propósito del litigio se consigue cuando las partes, de cualquier modo, ponen término a su conflicto. En esta perspectiva, la oportunidad de las partes de ser escuchadas es únicamente un medio para inducirlas a aceptar la decisión final, sea lo que sea lo que ésta diga. La así llamada "teoría de la justicia procesal" dice que la justicia exclusivamente depende de la equidad en el procedimiento, no importando la calidad y los contenidos de la decisión.

Desde que el propósito es poner fin al conflicto, los criterios con los cuales se determina la decisión del caso realmente no importan:

el tribunal podría incluso realizar decisiones echando los dados, si ese fuera un método socialmente aceptado para resolver las disputas. En particular, en este contexto no importa si la decisión final se basa o no en una reconstrucción fidedigna de los hechos del caso. La verdad de los hechos del caso no se considera como un propósito del litigio civil y, por tanto, el sistema procesal no debiera estar orientado a la búsqueda de la verdad: esta búsqueda puede ser una empresa compleja y ardua que no es realmente necesaria para los efectos de resolver una disputa. De hecho, podría incluso impedir un rápido y eficiente manejo de los conflictos individuales. No puede sorprender, pues, que el principal valor sobre el cual se basa esta perspectiva, es la completa e irrestricta libertad de las partes en el contexto de los procedimientos judiciales.

El otro enfoque parte de la suposición de que el principal propósito del litigio civil es resolver disputas por medio de decisiones que aplican correctamente las provisiones legales relevantes a los hechos del caso particular. Para la correcta aplicación de las normas, una reconstrucción fidedigna de los hechos a los cuales las normas deben ser aplicadas es una condición necesaria (aunque no suficiente), por la buena razón de que ninguna regla legal puede ser correctamente aplicada a los hechos incorrectos. En otros términos: una decisión justa es el propósito final del litigio civil, pero una ponderación fidedigna de los hechos del caso es un requisito para una decisión justa y, por lo tanto, deviene un valor instrumental, pero esencial. También en esta perspectiva, la solución de las disputas es la tarea de la justicia civil, pero no cualquier solución se acepta sólo porque permite superar el conflicto: solamente las "buenas" decisiones resultan admisibles. Una buena solución es una decisión verdadera que respeta la ley; una mala solución es una decisión incorrecta, basada en una pobre, incompleta o no confiable ponderación de los hechos.

Un factor ulterior que debiera considerarse es la existencia de diferentes *supuestos epistemológicos* acerca de la verdad en general, y de la verdad judicial en particular. Una opinión bastante extendida es escéptica acerca de la posibilidad de lograr una reconstrucción fidedigna de los hechos en un contexto judicial, sea sobre la base de un escepticismo general y radical acerca de cualquier posibilidad de un conocimiento fidedigno, o sobre la base de un escepticismo más limitado y específico acerca de la posibilidad de conseguir un conocimiento verdadero en el contexto del litigio civil. El escepticismo radical puede derivar de varias premisas filosóficas, como aquéllas que son características de la así llamada filosofía postmoderna; el escepticismo específico es típico de abogados prácticos y es usualmente justificado por referencia a los límites de la búsqueda de la verdad en los procedimientos judiciales. En ambos casos, sin embargo, la idea de una "verdad judicial" es considerada un sin sentido, o se concibe solamente en términos de una verdad "formal" que no tiene nada que ver con la realidad de los hechos.

La suposición contraria admite la posibilidad de alcanzar, al menos, una *verdad relativa* (nadie piensa en una verdad absoluta) acerca de los hechos materiales e históricos, i.e., un grado razonable de aproximación a la realidad de esos hechos. Tal posibilidad se admite en general sobre la base de epistemologías críticamente realistas que postulan que puede alcanzarse un conocimiento racional de los hechos si se emplean los medios adecuados. En contextos judiciales, esta posibilidad se admite considerando que, sin perjuicio de los límites que son intrínsecos en la investigación judicial y en la producción de la prueba, puede conseguirse una razonable aproximación a la realidad de los hechos en juicio sobre la base de una prueba adecuada, particularmente cuando los mecanismos procesales están orientados hacia la consecución de una reconstrucción fidedigna de esos hechos.

Estas distinciones sistemáticas y epistemológicas pueden cruzarse y combinarse con cada una de las otras de varias maneras. En realidad, los enfoques escépticos tienden a calzar bien con la "teoría de la resolución de conflictos" del litigio civil, mientras que los enfoques orientados a la verdad tienden a calzar mejor con la "teoría de la decisión justa". Cualquiera sea la proporción, estos factores influyen la concepción acerca de la naturaleza y la función de la prueba, y –consecuentemente– también el modo en cómo se definen los papeles del tribunal y de las partes en la producción de la prueba.

Dentro de la teoría de la prueba, actualmente se realiza una distinción general. De acuerdo a una extendida opinión, la prueba puede entenderse como un *medio de conocimiento, i.e.*, como un conjunto de información mediante el cual el tribunal conoce por inferencia los hechos del caso y realiza una reconstrucción fidedigna de esos hechos. Por lo tanto, parece apropiado hablar de una "función epistemológica" de la prueba, y de un "rol epistemológico" del tribunal en la búsqueda y consecución de la verdad. Un enfoque diverso concibe a la prueba meramente como un *medio de persuasión* utilizado por las partes a efectos de convencer al juzgador de que una versión de los hechos debe ser preferida a otra versión. Desde que el propósito de la prueba es producir una creencia en la mente de los jueces, parece apropiado hablar de una "función retórica" de la prueba. En esta perspectiva, el papel del tribunal es el de un sujeto que es persuadido por otros sujetos (los abogados) para creer algo, no el de un sujeto que busca la verdad objetiva de algo.

Estas diferentes concepciones de la naturaleza y rol de la prueba están conectadas con las teorías de la justicia civil y de la verdad que se acaban de mencionar: la concepción epistemológica, es consistente con la "teoría de la decisión justa" y el enfoque orientado a la verdad, mientras que la concepción persuasiva, se conecta con la "teoría de la resolución de disputas" y el enfoque escéptico.

3. Las Garantías Procesales de las Partes

En cuanto al papel de las partes en el litigio civil, debe enfatizarse que todos los sistemas modernos generalmente proveen un conjunto de garantías procesales a los litigantes, a nivel de regulaciones de ley ordinaria, tanto como al nivel de principios constitucionales e internacionales. Garantías como el "derecho a la acción", el "derecho a un juicio justo" y la "oportunidad de ser oído" se incluyen usualmente en el inventario de derechos fundamentales. Ellos importan que las partes tienen el derecho a acceder al tribunal a efectos de interponer demandas civiles, el derecho a determinar el objeto de las disputas civiles y a perseguir una compensación adecuada, el derecho a presentar la prueba disponible, así como el derecho a hacer ver los argumentos legales y fácticos en apoyo de sus respectivas pretensiones.

Dentro de este complejo conjunto de derechos, uno particularmente importante es el derecho a la prueba. Usualmente se lo define como el derecho de toda parte para producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros, y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal. El derecho a la prueba es un aspecto fundamental del derecho de acción y a la defensa: en realidad, sería un sinsentido decir que las partes pueden ejercer estos derechos pero que no se les permite probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas.

Con todo, estas garantías no implican que *sólo* las partes individuales tienen un papel que jugar en el litigio civil. Por una parte, de hecho, funciones importantes pueden ejecutarse por otros sujetos, como organizaciones o asociaciones, públicas o privadas (como, por ejemplo, las asociaciones de consumidores u organizaciones para la protección

del medio ambiente), que pueden tomar parte en los procesos haciendo usos de derechos y proveyendo al Tribunal con información que puede resultar relevante para la decisión correcta del caso. Por otra parte, el mismo tribunal puede jugar un rol significativo y activo en el manejo de los procedimientos y en la guía de las investigaciones apropiadas, con el fin de conseguir una decisión informada y precisa.

4. La Búsqueda de la Verdad y El Rol Activo del Tribunal

En los sistemas de litigio civil que están enfocados a la resolución de disputas por medio de decisiones justas, la búsqueda de la verdad de los hechos del juicio adquiere un carácter esencial.

La iniciativa de las partes en la presentación de prueba es también muy importante en estos sistemas, pero no puede ser considerada suficiente para asegurar que se alcance efectivamente la verdad de los hechos. No hay duda de que las partes tienen un fuerte interés en presentar toda la prueba que esté a su alcance, a los efectos de cumplir con la carga de la prueba que tienen en relación con los hechos que han sentado como bases de sus pretensiones y defensas. Sin perjuicio de ello, la iniciativa de las partes puede no ser suficiente para conducir al tribunal al hallazgo de la verdad de todos los hechos relevantes. Por una parte, no se puede esperar que las partes jueguen un papel cooperativo dirigido al descubrimiento desinteresado y objetivo de la verdad: en realidad, practican un tipo muy diferente de juego, de sumatoria cero, con el objeto de ganar su caso a cualquier costo, y desde luego –si es necesario– al costo de la verdad. En contra de una extendida opinión, nada asegura que el choque libre de las actividades probatorias en competencia de las partes hará por sí solo que el tribunal encuentre la verdad. De hecho, nadie puede, razonablemente, suponer que la verdad se encuentre, por definición, "contenida" en las aseveraciones de las partes, y que ella se

verá develada únicamente en virtud de su afán competitivo. Más aún, las partes pueden tener intereses convergentes en no desarrollar, respecto de los hechos relevantes, un análisis completo o una prueba global, o incluso más, pueden tenerlo en esconder algunos hechos de los ojos del tribunal.

Por otra parte, a menudo los litigantes no están en condiciones iguales o, al menos, comparables desde el punto de vista cultural y económico: los recursos de una parte pueden ser limitados, y su inversión en la producción de prueba puede no encontrarse equilibrada con la inversión de la otra. En otros términos, puede haber una parte "débil" (el trabajador, el consumidor, el pobre), que no está capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba. En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, la corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la "verdad" sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante.

Estas razones están en la base de una tendencia general existente en casi todos los sistemas procesales, en el sentido de proveer a los tribunales con un rol activo en la clarificación y en la definición apropiada de las materias de hecho, y en la producción de prueba de propia iniciativa del tribunal, mucho más allá de la prueba presentada por las partes. Actualmente, casi todos los sistemas procesales han cambiado del sistema tradicional adversarial, con un tribunal pasivo que confía exclusivamente en la producción de prueba por las partes, a un modelo en el cual el tribunal es responsable de la consecución de decisiones verdaderas acerca de los hechos del caso. Consecuentemente,

los tribunales son investidos con todas las facultades activas necesarias para jugar este papel.

Esta función de los tribunales se define en términos más amplios o más restringidos, de acuerdo a los distintos sistemas procesales. Cuando el valor de una decisión ajustada a la verdad de los hechos tiene una ponderación especialmente alta, las funciones del tribunal se definen con amplitud, y éste tiene una responsabilidad mayor en la colección de la prueba relevante y en el descubrimiento de la verdad. El ejemplo chino es especialmente significativo, en el que el tribunal tiene la tarea de investigar todos los hechos del caso y de recoger toda la prueba significativa (Art. 116 del Código de Procedimiento Civil). Con todo, otros sistemas siguen la misma tendencia, al menos hasta cierto punto, aunque la estructura general del juicio civil pueda ser diferente. Por ejemplo, de acuerdo al Art. 10 del Código de Procedimiento Civil francés, el tribunal tiene la facultad de ordenar de propia iniciativa todos los medios admisibles de prueba. En Italia, el tribunal tiene un poder semejante, pero solamente en casos laborales (Art. 421 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil).

En otros sistemas, el tribunal tiene la facultad de producir o de ordenar la presentación de prueba, pero tal facultad no está definida en términos generales y se refiere específicamente a algunas clases de pruebas. Por ejemplo, en Alemania el tribunal puede ordenar cualquier tipo de prueba, pero no puede llamar a testigos por propia iniciativa; en Italia, en los casos ordinarios el tribunal puede ordenar algunos medios probatorios (como inspecciones y prueba pericial), pero los demás sólo pueden ser presentados por las partes. Es interesante considerar que incluso en los Estados Unidos, *i.e.*, en un sistema que no parece estar interesado en la búsqueda de la verdad, el tribunal tiene la facultad de llamar a testigos que no han sido llamados por las partes (Regla 614 (a) de las Reglas Probatorias Federales de 1975), y de citar a testigos

neutrales expertos (Regla 706). Pese a que estas facultades son usadas muy infrecuentemente por los jueces americanos, el hecho de que estén previstas a nivel federal es una característica muy interesante del sistema americano actual.

Incluso en sistemas jurídicos en los cuales la ley no provee al tribunal con poderes específicos para ordenar la captura de prueba por propia iniciativa, se logran resultados sustancialmente equivalentes proveyendo al tribunal con un fuerte rol ejecutivo. Un buen ejemplo está dado por las *Reglas de* Procedimiento *Civil* inglesas vigentes desde 1999, de acuerdo a las cuales el tribunal tiene amplios poderes para darles a las partes instrucciones acerca de las materias de hecho y de la prueba que tiene que ser presentada al tribunal (véase R.32.1).

Por lo tanto, puede decirse que, sin perjuicio de las diferencias apuntadas, existe una tendencia general a otorgar a los tribunales facultades significativas dirigidas a la producción de toda la prueba significativa y, finalmente, a la consecución de decisiones verdaderas. En algunos casos es particularmente claro que estas facultades se conceden con el objeto de respaldar a la parte que no es capaz de desarrollar por sí misma una adecuada presentación de la prueba. Por ejemplo, el Art. 146 del Código de Procedimiento Civil francés, especifica que la facultad concedida al tribunal por el Art. 10 debe ser usada sólo cuando una parte no puede presentar ninguna prueba acerca de un hecho que ha alegado. Sin embargo, aun cuando esta función del tribunal no esté expresamente prevista, se entiende generalmente que el tribunal usará sus poderes autónomos cuando resulte que una de las partes, o ambas, no presenten toda la prueba relevante. En otros términos, se supone que el tribunal debe ayudar a las partes, complementando su presentación insuficiente de pruebas. Consecuentemente, el rol del tribunal no es tomar el lugar de las partes en la producción de la prueba, ni menos impedir que las partes presenten "su" prueba. Si las partes son exitosas

en el ofrecimiento de toda la prueba disponible, el tribunal puede no hacer uso en absoluto de sus poderes. Es sólo cuando la actividad de una de las partes, o ambas, no resulta suficiente en la presentación de prueba para establecer la verdad de los hechos, que el tribunal debiera jugar su rol activo.

5. Un Modelo para una Producción Probatoria equilibrada

Una aproximación bastante extendida al problema del papel del tribunal y de las partes en la búsqueda de la verdad, considera a todo el conjunto de facultades procesales concernientes a la producción de prueba como algo que, de alguna manera, está dado *a priori* y que tiene que ser dividido (como una tarta) entre el tribunal y las partes, de manera tal que si a las partes se les dan muchas facultades (muchos pedazos de la tarta), sólo unas pocas de ellas quedarán para el tribunal, y –por el contrario– si se dan muchas facultades al tribunal, entonces sólo unas pocas quedarán para las partes en litigio.

Este cuadro del problema es fundamentalmente equivocado e inductivo a errores. En realidad, no hay un conjunto predeterminado (¿por quién?) de facultades a ser divididas, ya que los roles del tribunal y de los litigantes son tan diferentes, que las facultades procesales no pueden ser simplemente adscritas a las partes en vez de al tribunal, o viceversa. Esos roles, más aún, no son complementarios: no es verdad que incrementar el papel del tribunal en la producción de prueba implique una reducción proporcional del derecho de las partes a la prueba, ni es verdad que ampliar el derecho de las partes a presentar prueba implique una consecuente restricción del papel del tribunal.

Sin embargo, ésta no es sólo una cuestión de inconsistencia conceptual. La historia de los principales sistemas procesales y constitucionales

muestra que las garantías de las partes y el rol activo del tribunal, pueden desarrollarse por vías paralelas sin interferir la una con la otra. Actualmente, la atención hacia los derechos procesales de las partes y, específicamente, hacia su derecho a probar, se está incrementando en la mayor parte de los sistemas, justamente mientras se provee a los tribunales con crecientes facultades para el manejo activo del caso y para la búsqueda de la verdad. Incluso puede decirse que estos dos aspectos se apoyan el uno al otro, en vez de limitarse recíprocamente: de un lado, las garantías procesales de las partes requieren un completo y activo control por el tribunal a efectos de ser concretadas, así como para impedir su abuso; por otro lado, las facultades activas del tribunal requieren fuertes garantías de las partes, para no degenerar en arbitrariedad y abuso de poder.

En consecuencia, si la búsqueda de la verdad se concibe como un propósito importante del litigio civil, la solución ideal debiera ser concretar al mismo tiempo los derechos de las partes y el rol activo del tribunal, con una interconexión de "frenos y contrapesos" que debiera enfocarse a maximizar las posibilidades de encontrar toda la prueba relevante de los hechos del caso.

Un ejemplo interesante de cómo las garantías de los litigantes y el rol activo del tribunal, pueden maximizarse al mismo tiempo, está ilustrado por el Código de Procedimiento de Civil francés. Como se mencionó anteriormente, el Art. 10 provee al tribunal con una muy amplia facultad de ordenar de propia iniciativa cualquier medio probatorio admisible. No hay duda, sin embargo, de que los litigantes tienen la carga y el irrestricto derecho de presentar cualquier prueba relevante que esté disponible para ellos (Arts. 9 y 11). Más aún, el Art. 16 del código, establece un modo específico para el ejercicio de las facultades del tribunal: en ningún caso el tribunal debiera interferir con el derecho de las partes a contradecir a la otra, y no debiera basar su decisión

sobre argumentos y pruebas que las partes no han estado en posición de discutir, ni podría basarse en argumentos legales sin que las partes hayan sido previamente invitadas a presentar sus observaciones. Una previsión legal tal no implica ningún límite a las facultades del tribunal, sino que requiere que tales facultades se ejerzan con pleno respeto a los derechos procesales de las partes.

De un modo parecido, un poder amplio de investigación por parte del tribunal podría ser contrapesado (no limitado) por la plena oportunidad de las partes para presentar toda su prueba, para discutir y contraargumentar acerca de la relevancia, admisibilidad y valor probatorio de la prueba reunida por el tribunal por propia iniciativa, y para presentar prueba contraria enfocada a destruir los hechos que pudieran ser probados por la prueba reunida por el tribunal. De esta manera, la investigación llevada a cabo de oficio por el tribunal podría ser adecuadamente combinada con una posibilidad plena para las partes de desarrollar sus propias defensas acerca de los hechos del caso, a la vista del propósito global de conseguir la más completa y fidedigna reconstrucción de los hechos.

Conocimiento Científico y Estándares de Prueba Judicial*

I. Ciencia y Proceso. Aspectos Generales

En un cierto sentido, puede decirse que la ciencia y el proceso tienen un objetivo común: la investigación de la verdad. La investigación científica está de por sí orientada hacia la búsqueda de la verdad, aunque otro problema es definir qué se entiende por verdad científica y cuáles son los métodos empleados para conseguirla. También el proceso judicial está orientado hacia la búsqueda de la verdad, al menos si se adopta una concepción legal-racional de la justicia — como la propuesta por Jerzy Wroblesky seguida por otros teóricos de la decisión judicial— según la cual una reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión. Si se atiende a la averiguación de los hechos, el proceso puede también ser concebido como un método para el descubrimiento de la verdad: un método a veces muy complicado y con frecuencia inadecuado para el objetivo, pero sin embargo un procedimiento orientado hacia el logro de la verdad. Naturalmente, sucede con frecuencia, por las razones más diversas, que el objetivo no se alcanza. Esto demuestra solamente lo inadecuado de un particular procedimiento judicial o del modo en que

* Publicado en Boletin Mexicano de Derecho Comparado N 114, Año 2005.

se ha desarrollado, pero no demuestra que el proceso no pueda o no deba ser concebido como un método para reconstruir la verdad de los hechos.

Esta concepción del proceso puede ser impugnada, y de hecho existen varias orientaciones teóricas según las cuales el proceso judicial no podría estar orientado hacia la búsqueda de la verdad sobre los hechos, o incluso no debería ser entendido como un método para la reconstrucción verídica de los mismos. Sin embargo, estos puntos de vista son por muchas razones infundados: el contexto procesal, de hecho, *requiere* que se busque la verdad de los hechos como condición de corrección, validez y aceptabilidad de la decisión que constituye el resultado final del proceso.

Entre ciencia y proceso, existen diferencias relevantes que deben ser tomadas en consideración si se quiere comprender de qué manera la ciencia puede ser utilizada en el contexto del proceso. La ciencia opera a través de varios tránsitos, en tiempos largos, teóricamente con recursos ilimitados, y conoce variaciones, evoluciones y revoluciones. Además, al menos según el modelo más tradicional, la ciencia está orientada hacia el descubrimiento, la confirmación o la falseabilidad de enunciados o leyes generales que se refieren a clases o categorías de eventos.

Por decirlo así, y retomando una conocida distinción de Windelbald, las ciencias naturales tienen carácter *nomotético*. Por el contrario, el proceso se refiere al conjunto limitados de enunciados, relativos a circunstancias de hecho particulares, seleccionadas y determinadas con base en criterios jurídicos, es decir, con referencia a las normas aplicables a un caso particular. Por tanto, tiene, análogamente a algunas ciencias históricas, carácter *ideográfico*. Además, el proceso opera en tiempos relativamente restringidos, con recursos limitados, y está orientado a producir una decisión tendencialmente definitiva (que se convierte en

tal a través del mecanismo de la cosa juzgada) sobre el específico objeto de la controversia.

A pesar de estas diferencias, la atención cada vez más intensa que desde hace tiempo se ha dedicado al problema general de las relaciones entre ciencia y derecho, se ha referido frecuentemente a las relaciones entre ciencia y proceso, es decir, reformulando el problema en otros términos, al uso que de la ciencia se puede hacer en el proceso. Y así ha venido emergiendo, con evidencia cada vez mayor, el problema de las "pruebas científicas", o sea del posible empleo de la ciencia como instrumento para la averiguación de la verdad sobre los hechos que deben ser analizados en el contexto procesal. Esta conexión estrecha entre ciencia y proceso tiene varias razones fácilmente comprensibles. En realidad, siempre ha sucedido que los jueces han utilizado nociones científicas para establecer o interpretar circunstancias de hecho para las que parecían inadecuadas las nociones de la experiencia o del sentido común.

Desde hace varios siglos, pero con una enorme aceleración en el siglo XX, la extensión de la ciencia en campos del saber que en el pasado eran dejados al sentido común, ha provocado un relevante movimiento de las fronteras que separan la ciencia de la cultura media no-científica: sucede cada vez con mayor frecuencia, de hecho, que circunstancias relevantes para las decisiones judiciales pueden ser averiguadas y valoradas con instrumentos científicos, y por tanto se reduce proporcionalmente el área en la que el juicio sobre los hechos puede ser formulado solamente sobre bases cognoscitivas no científicas. El empleo de pruebas científicas se hace en consecuencia cada vez más frecuente en el proceso civil y en el proceso penal. Por otra parte, la penetración capilar de la ciencia y de la tecnología en la vida cotidiana, desde la medicina hasta la informática, hace más frecuentes que en el pasado, las controversias que tienen origen en hechos directamente conectados con el uso de la ciencia, y que por

tanto requieren de métodos de averiguación que no pueden ser más que científicos.

Es necesario también considerar que, en muchas áreas de la cultura moderna, la ciencia está envuelta en una suerte de aura mitológica, y representa el símbolo del conocimiento cierto y de la verdad objetiva en torno a cualquier tipo de acontecimiento. Simboliza también cosas que se supone que están más allá del nivel normal de conocimiento de las personas "normales", como los abogados y los jueces. En consecuencia, la ciencia es concebida por muchos como algo extraño, ajeno y exótico, que sin embargo es indispensable para aportar respuestas verídicas a quien, como los jueces y los jurados, debe decidir sobre los hechos de una controversia. Como casi siempre sucede, sin embargo, la realidad está bien lejos del mito, como lo saben bien los epistemólogos que se interrogan sobre el estatuto científico de muchos campos del saber y sobre la atendibilidad de muchos conocimientos considerados "científicos".

Por lo que se refiere específicamente a la ciencia que puede ser utilizada en el contexto del proceso, a las perplejidades de orden general de los epistemólogos, se pueden agregar otras, dado que con frecuencia no se dispone de conocimientos científicos relevantes para la decisión sobre los hechos de la causa, no se está suficientemente cierto de la atendibilidad de estos conocimientos, o surgen dudas sobre las modalidades con que estos conocimientos son adquiridos en el proceso o son valorados por quien adopta la decisión final.

1. Qué ciencia

Entre estas perplejidades, resulta muy notoria la que se refiere a "qué ciencia" es utilizable en el proceso como instrumento para la averiguación de los hechos. Este problema tiene al menos dos aspectos

particularmente relevantes. El primero se refiere a la tipología de las ciencias que se entienden como utilizables; el segundo se refiere a la calidad de la ciencia que se utiliza.

Respecto al primer aspecto, debe observarse que normalmente no surgen problemas sobre la utilización de las llamadas ciencias "duras" como la química, la biología, la ingeniería, las matemáticas, y sus respectivas articulaciones como la farmacología, la genética, la ciencia de los materiales y otras por el estilo. Más bien sucede, normalmente, que cuando el juez se encuentra frente a circunstancias que pueden ser establecidas, interpretadas o valoradas solamente recurriendo a nociones que pertenecen a estos ámbitos del saber — es decir, que son "científicas" en el sentido más obvio y más tradicional del término— renuncia a utilizar su propia "ciencia privada", que casi siempre no incluye una preparación científica adecuada, y se sirve de expertos y consultores para adquirir las nociones técnico-científicas que le sirven para emitir la decisión.

El discurso no puede sin embargo detenerse aquí, dado que en la cultura actual el ámbito de las ciencias incluye también numerosas ciencias que se pueden definir como *soft*, "humanas" o "sociales" para distinguirlas de las ciencias "duras" o "no-humanas", como la psicología, la psiquiatría, la economía, la sociología y también la historia, la estética, la crítica literaria, la ciencia de las religiones y la etnología (y otras que se pueden agregar). En estos casos, un aspecto relevante del problema es que se trata de áreas del saber relativas a hechos humanos y sociales que tradicionalmente, y por siglos, han formado parte simplemente del sentido común y no eran consideradas como "científicas"; ahora, por el contrario, estas áreas del saber se afirman como "ciencias" y pretenden una dignidad y una atendibilidad no inferiores a las de las ciencias "duras".

El otro aspecto, más específico pero no menos relevante en este tema, es que son particularmente numerosas las situaciones procesales en las cuales una u otra de estas áreas del saber son necesarias, o al menos útiles, para una averiguación correcta de los hechos de la causa. Basta pensar en controversias relativas a menores de edad en el ámbito de la familia o en la determinación de la capacidad de entender o de querer del imputado en el proceso penal, para tener algunos de los muchísimos ejemplos de casos en los que una ciencia social —la psicología— es relevante para la averiguación, la interpretación y la valoración de los hechos de la causa.

Otros numerosos ejemplos pueden referirse a la determinación y valoración de hechos económicos, como el valor de una prestación contractual o el importe de un daño sobre una cosa o hacia una persona. En esta perspectiva, el problema principal recae sobre el juez, al menos en los sistemas — como los del *civil law*— en los que corresponde justamente al juzgador tomar la decisión relativa a si es necesario adquirir nociones científicas a través de las modalidades procesales previstas por la ley, o bien si el juez mismo entiende que es capaz de averiguar y valorar los hechos sin recurrir al auxilio de un experto.

De esta suerte de "autocrítica cultural" del juez, derivan muchas consecuencias relevantes, tanto sobre la marcha del proceso (que puede incluir o no el recurso a la consulta técnica), como sobre la naturaleza de la decisión final, que podrá estar fundada sobre datos científicamente apreciables, o por el contrario sobre el conocimiento modesto que el juez pueda tener, a partir del sentido común y de la cultura media, de las nociones necesarias para decidir. Las cosas son distintas, desde el punto de vista procesal, en los ordenamientos de *common law*, donde son principalmente las partes las que deciden si se sirven de la ayuda de expertos, y estos expertos son tratados para todos los efectos como si fueran "testimonios de parte".

En todo caso, la tendencia prevalente parece ser todavía en el sentido de infravalorar la aportación que las ciencias sociales pueden ofrecer para la correcta averiguación de los hechos en el proceso: a veces se recurre a expertos en las áreas de la psicología y del psicoanálisis, de la economía y de las otras ciencias sociales, pero esto no sucede con mucha frecuencia, y desde luego no en todos los casos en los que sería necesario y oportuno. Muchos jueces están todavía ligados a la concepción tradicional según la cual solamente cuando entra en juego una ciencia "dura" se vuelve indispensable la ayuda de un experto, mientras que las ciencias sociales pertenecerían a la cultura media, y por tanto entrarían en el normal bagaje de conocimientos del juez.

Es claro que esta concepción es infundada, y se vuelve menos aceptable cada vez que nuevas áreas del saber adquieren el estatuto de ciencias; sin embargo, la cultura media de los jueces no evoluciona con la misma rapidez y en la misma dirección en que evoluciona el conocimiento científico, lo que explica la permanencia —en la cultura jurídica— de la concepción tradicional y restrictiva de la ciencia.

Es evidente que también están sujetos a evolución los paradigmas tradicionales de la ciencia, dado que las ciencias humanas adoptan métodos, sistemas de análisis y de control, y grados de atendibilidad de los conocimientos que no solamente son distintos de los de las ciencias "no-humanas", sino que también son profundamente diferentes entre ellos. Por decirlo así, el viejo mito simplista y unitario de la ciencia debe ser adaptado a estas nuevas realidades que — si bien de forma lenta y fatigosa— ya están encontrando la ruta de los tribunales.

El segundo aspecto problemático que se refiere al empleo de conocimientos científicos en el proceso, tiene que ver con la distinción entre ciencia "buena" y ciencia "mala" o *junk science.* La historia y la práctica del uso probatorio de la ciencia en el proceso están llenas

de ejemplos en los que la pretendida ciencia adquirida en el juicio no es atendible, no tiene fundamento y credibilidad, y por tanto —en sustancia— no es "buena ciencia". Se trata de casos en los que las informaciones científicas no son correctas, son incompletas, no verificadas, no compartidas, o bien han sido manipuladas, referidas erróneamente, o bien —incluso— no son propiamente relevantes respecto a los hechos específicos del caso concreto.

Por otra parte, existen varias pseudo-ciencias, es decir, áreas en las que se pretende que existan conocimientos generados sobre bases científicas, pero en las que estas bases no existen: se puede pensar, por ejemplo, en la grafología, en las distintas máquinas o sueros de la verdad, y en todo lo que se parece también a la "ciencia" de las huellas digitales, como por ejemplo la astrología o — en Italia— la lectura del fondo del café o —en Inglaterra— la lectura de las hojas de té.

El hecho de que este problema ha tomado gran relevancia está demostrado no solamente por la actualmente rica y amplia literatura que en varios países se refiere al tema de las pruebas científicas, sino también por la circunstancia de que los tribunales se ocupan hoy en día con una cierta frecuencia de problemas referidos a la cientificidad de las nociones que en el proceso se utilizan como prueba de los hechos.

El caso más famoso, en este sentido, es la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, emitida en 1993 en el caso *Daubert*, en la cual el juez Blackmun indicó los requisitos de cientificidad de las nociones que pueden ser utilizadas como prueba. Se trata: *a)* De la controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica sobre la que se funda la prueba; *b)* De la determinación del porcentaje de error relativo a la técnica empleada; *c)* De la existencia de un control ejercido por otros expertos a través de la *peer review*; *d)* De la existencia de un consenso general de la comunidad científica de referencia. Se requiere, además, que la

prueba científica sea directamente relevante (*fit*) respecto a los hechos que deben ser determinados en el caso concreto.

La decisión del caso *Daubert* ha suscitado muchas discusiones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sucesiva, que no es el caso examinar aquí de modo detallado. Lo que importa subrayar es que esa decisión es un importante punto de surgimiento del problema de la calidad de la ciencia que se utiliza en el proceso: los jueces no pueden limitarse a recibir pasivamente cualquier cosa que se presente en el juicio como "científica", y deben asumir el problema de verificar la validez y la atendibilidad de las informaciones que pretenden tener dignidad científica, y que están destinadas a constituir la base de la decisión sobre los hechos. Los estándares de cientificidad definidos en *Daubert* pueden también ser compartidos o ser entendidos como muy restrictivos o muy genéricos: pero queda presente el problema constituido por la necesidad de que los jueces verifiquen con el máximo cuidado la calidad de la ciencia que adoptan.

2. Qué verdad procesal

Un problema ulterior se refiere a la verdad de los hechos, en el proceso y en las ciencias. En el proceso, el problema de la verdad presenta al menos dos aspectos relevantes, que son: si el proceso puede o debe estar orientado hacia la investigación de la verdad, y, en caso afirmativo, de qué tipo de verdad se trata.

El primero de estos aspectos, se toma en consideración porque en el panorama filosófico y filosófico-jurídico actual, existen varias orientaciones según las cuales el problema de la averiguación de la verdad es considerado como un sin sentido. Desde Rorty hasta las

demás filosofías post-modernas, pero también en el ámbito de varios filones irracionalistas más tradicionales, son muchas las teorías filosóficas que llevan a excluir la posibilidad de un conocimiento verídico de la realidad.

También varias teorías idealistas o "coherentistas" de la verdad, terminan sugiriendo que el conocimiento no tiene que ver con la realidad de los eventos concretos, de manera que no se puede hablar de hechos empíricos, sino solamente de entidades lingüísticas y de sus relaciones en el ámbito de contextos "narrativos". Teorías narrativistas han sido también propuestas con referencia al proceso judicial, con la consecuencia de excluir que pueda estar orientado hacia la determinación de la verdad de los hechos.

Desde una perspectiva distinta, las teorías según las cuales el proceso no sería más que un método para la resolución de las controversias, pueden inducir a entender que la verdad de los hechos no es un objetivo del proceso, e incluso, que puede ser contraproducente si impone el descubrimiento de hechos que las partes no quieren revelar o si requiere un gasto de tiempo y de dinero que se podría evitar: después de todo, una decisión puede ser eficaz, en el sentido de poner fin a la controversia, incluso si no está fundada en la determinación verídica de los hechos de la causa. Estas teorías son criticables desde varios puntos de vista, y por tanto no constituyen un punto válido de referencia. Por el contrario, es posible sostener que el proceso está desde luego orientado a la resolución de las controversias, pero los principios de legalidad y de justicia que rigen en los ordenamientos procesales evolucionados, exigen que las controversias se resuelvan con decisiones "justas".

Una condición necesaria para la justicia de la decisión es que se averigüe la verdad de los hechos, ya que ninguna decisión puede

considerarse justa si aplica normas a hechos que no son verdaderos o que han sido determinados de forma errónea.

Argumentando de esta manera, en el ámbito de la concepción legal-racional de la justicia a la que se ha hecho referencia al principio, se puede concluir que el proceso debe estar orientado hacia la consecución de una decisión verídica, o sea correspondiente en la mayor medida posible con la realidad de los hechos. En un sentido, entonces, el proceso puede ser concebido como un procedimiento epistémico, en el que se recogen y se utilizan conocimientos con el objetivo de reconstruir la verdad de determinadas situaciones de hecho. Desde este punto de vista no existen, contrariamente a lo que se suele creer, diferencias relevantes entre el proceso civil y el penal: también en el proceso civil, de hecho, la decisión es justa solamente si está fundada en una determinación correcta y verídica de los hechos de la causa.

Por lo que hace al segundo aspecto del problema de la verdad procesal, se puede subrayar, sintéticamente, que en el proceso no se trata de establecer verdades absolutas de ningún tipo, sino sólo verdades relativas. Mientras que, por un lado, la definición tarskiana del concepto de verdad vale también en el contexto del proceso, por otro lado hay que destacar que la verdad procesal es esencialmente relativa porque la decisión del juez en torno a los hechos no puede fundarse más que en las pruebas que han sido adquiridas en el juicio: las pruebas, de hecho, son los únicos instrumentos de los que el juez puede servirse para "conocer", y por tanto para reconstruir de modo verídico los hechos de la causa. A propósito vale también la afirmación según la cual en el proceso se puede considerar verdadero solamente lo que ha sido probado, y en la medida en que las pruebas disponibles ofrecen un apreciable soporte cognoscitivo a las enunciaciones de hechos.

La circunstancia de que no se hable de verdades absolutas, y que la verdad procesal sea "relativa a las pruebas", no pudiendo fundarse más que en ellas, induce a formular el problema de la decisión sobre los hechos, no en términos de certeza sino en términos de probabilidad. Esto sugiere una cuestión ulterior, ya que el concepto de probabilidad no es unívoco, y por tanto habría que establecer "qué probabilidades" entran en juego en el contexto procesal. En otros términos, y como se verá mejor enseguida, el problema de la verdad procesal puede ser correctamente reformulado en términos de grados de confirmación probabilista que las pruebas pueden ofrecer a los enunciados sobre los hechos.

Desde la vertiente de la ciencia, vale la pena subrayar sintéticamente que no existe, y quizá no ha existido nunca, una concepción clara, homogénea, unitaria y absoluta, de la "verdad científica".

Por un lado, de hecho, sucede casi siempre que leyes y enunciados científicos son formulados en términos de probabilidad en vez de en términos absolutos. Además, desde hace tiempo la epistemología ha aclarado que la ciencia no alcanza nunca resultados en verdad definitivos, y las enunciaciones científicas están sujetas siempre a cambios, evoluciones o —popperianamente— a falsificaciones.

Por otro lado, la pluralidad de las ciencias genera que en cada una se estudien y analicen eventos y condiciones diversos, que se empleen metodologías distintas de investigación y de demostración, y que, en consecuencia, se entiendan apropiados o aceptables — según el contexto en el que se encuentran— varios niveles de confirmación de las conclusiones que se formulan en los distintos sectores del conocimiento.

También los criterios de control de la atendibilidad de estas conclusiones son distintos, de forma que se puede decir que existen diversas concepciones

de la verdad científica. Esta variedad se vuelve incluso mayor si —como ya se ha dicho— junto a las tradicionales ciencias "duras" se toman en consideración las ciencias humanas o sociales. En muchas de estas ciencias, como por ejemplo en la psiquiatría, la economía o la sociología, los "hechos" son concebidos y definidos de manera completamente distinta de como pueden ser concebidos o definidos los "hechos" de los que se ocupa un físico o un químico.

Finalmente, debe también considerarse que, en contextos diversos, pueden ser diferentes los niveles de confirmación de las informaciones ofrecidas por una ciencia. Por ejemplo, frecuencias estadísticas poco elevadas, como las que a menudo resultan de los estudios epidemiológicos, pueden ser suficientes para establecer conexiones simples entre eventos, o para establecer una relación de "causalidad general" entre eventos, en función de la cual, por ejemplo, se puede determinar que la exposición a un material dañino es capaz de provocar un aumento en la frecuencia de una determinada enfermedad dentro de una población de referencia. Si el contexto en el que nos encontramos, es el de quien debe planificar el funcionamiento de una industria o de un hospital, o de quien debe realizar tareas de prevención respecto a esa enfermedad, entonces estadísticas caracterizadas por frecuencias bajas sobre la conexión entre eventos, pueden ser suficientes para justificar algún tipo de decisiones. Puede sin embargo suceder que este nivel de información científica no sea suficiente para justificar las conclusiones que deben ser formuladas en un proceso relativo a circunstancias particulares y específicas.

II. La Valoración de las Pruebas Científicas

Un aspecto importante del problema referido al uso de la ciencia en el proceso es que la ciencia normalmente representa una fuente de

conocimiento y de valoración de los hechos de la causa: por esta razón se suele hablar comúnmente de *prueba científica* o de *scientific evidence.* Desde esta perspectiva surgen diversos problemas, como el de las modalidades con las que la ciencia es adquirida en el proceso a través de la colaboración de expertos, que requieren un análisis articulado también de carácter comparado: este análisis sería muy interesante pero no se puede desarrollar en este momento.

El problema que se debe enfrentar se refiere por el contrario a la *valoración* de las pruebas científicas por parte del juez, y a las condiciones bajo las cuales, sobre la base de esas pruebas, puede concluir en el sentido de considerar como "verdadero" un hecho de la causa. Es necesario, sin embargo, destacar que no existen reglas específicas atinentes a la valoración de las pruebas científicas; más bien, por lo que aquí interesa, las pruebas científicas no son distintas de las demás pruebas, y pueden también combinarse con las pruebas "ordinarias" —es decir, no científicas— para aportar la confirmación de la veracidad de un enunciado de hecho.

Enfrentando el tema de la valoración de las pruebas, científicas y no científicas, la premisa de la que hay que partir es que — salvo limitadas excepciones todavía presentes en algunos ordenamientos procesales— el sistema de la *prueba legal* que ha existido por siglos en los ordenamientos de Europa continental, se ha desplomado desde hace tiempo, a finales del siglo XVIII, y ha sido sustituido por el *principio de la libre convicción* del juez. Según este principio, el juez tiene el poder de valorar discrecionalmente las pruebas, de establecer su credibilidad y de derivar de ellas conclusiones en torno a la verdad o la falsedad de los enunciados relativos a los hechos controvertidos de la causa.

Mientras que, sin embargo, es claro el significado negativo del principio de la libre convicción, o sea la eliminación de las reglas de la

prueba legal, no es para nada claro cuál sea su significado *positivo*. No faltan, de hecho, versiones de este principio según las cuales se haría depender la decisión sobre los hechos de la *intime conviction* del juez, es decir de un convencimiento interior, subjetivo, personal e impenetrable, del juez en torno al valor de la prueba y a la verdad de los hechos.

En conexión con teorías irracionalistas de la decisión judicial, y también con filosofías de varias formas anti-racionalistas, se tiende a interpretar el convencimiento discrecional del juez como un poder absoluto para establecer arbitrariamente, y de modo incognoscible e incontrolable, una "certeza moral" sobre los hechos. A estas tendencias le son naturalmente coherentes varias concepciones de las pruebas judiciales, según las cuales no serían más que instrumentos retóricos de los que los abogados se sirven para influenciar la formación del convencimiento del juez; son también coherentes con estas tendencias las concepciones según las cuales el proceso no está ni debería estar orientado hacia la investigación de la verdad.

Es evidente que si se siguieran estas tendencias, el problema del uso de la ciencia como instrumento para la averiguación de la verdad judicial sobre los hechos, ni siquiera surgiría, y no habría que continuar con el discurso. La ciencia, de hecho, no sería sino un ingrediente más dentro de los mecanismos subjetivos a través de los cuales el juez íntima e inconscientemente elabora su persuasión sobre los hechos. En el mejor de los casos, la ciencia podría ser utilizada *retóricamente*, es decir, como instrumento para influenciar al juez aprovechando el mito de la certeza y de la verdad que está conectado con las concepciones tradicionales, groseras y acríticas, de la ciencia.

Por el contrario, como se dijo al principio, la concepción que parece por muchas razones preferible, es la que entiende al proceso como un método para el descubrimiento de la verdad posible en torno a los

hechos de la causa. Correlativamente, la prueba no resulta ser un mero instrumento retórico sino un instrumento *epistémico*, o sea, el medio con el que en el proceso se adquieren las informaciones necesarias para la determinación de la verdad de los hechos. En consecuencia, también de la ciencia se hace un uso epistémico, en el sentido de que las pruebas científicas están dirigidas a aportar al juez elementos de conocimiento de los hechos que se sustraen a la ciencia común de que dispone. Por lo que se refiere a la valoración de las pruebas, la adopción de la perspectiva racionalista que aquí se sigue, no implica la negación de la libertad y de la discrecionalidad en la valoración del juez, que representa el núcleo del principio de la libre convicción, pero implica que el juez efectúe sus valoraciones según una *discrecionalidad guiada* por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional. Por decirlo así, el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón. Por lo demás, en la mayor parte de los sistemas procesales modernos el juez está obligado a justificar racionalmente sus propias valoraciones, y elabora argumentos lógicamente válidos para sostener su decisión en hechos.

El paso sucesivo a través de la perspectiva racionalista, consiste en enfrentar la cuestión de si existen o no criterios a los que el juez debería atender al valorar discrecionalmente las pruebas de que dispone, y para establecer cuándo ha sido o no ha sido conseguida la prueba de un determinado hecho. Criterios de este tipo, en realidad existen, y están indicados como reglas a las que el juez debería atenerse al formular su valoración final sobre los hechos de la causa. El problema es, sin embargo, complejo porque la tendencia que actualmente prevalece es la que lleva a formular criterios distintos en el proceso civil y en el proceso penal: en el proceso civil el criterio es el de la *probabilidad prevalente*, o sea de lo *más probable que no* o de la *preponderance of evidence*. En el proceso penal, por el contrario, el criterio típico es el de la *prueba*

más allá de toda duda razonable o *proof beyond any reasonable doubt.* Estos criterios son notablemente distintos, y por tanto, es oportuno analizarlos separadamente.

1. *La probabilidad prevalente*

En ocasiones, el estándar prevalente emerge en el nivel normativo: es el caso, por ejemplo, de la Rule 401 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses, que establece, definiendo la relevancia de las pruebas, que una prueba es relevante si tiene " any tendency to make the existente of any fact *more probabile or less probable*". En muchos ordenamientos la regla de "más probable que no" no se encuentra prevista en ninguna regla particular, pero se afirma como criterio *racional* para la elección de las decisiones sobre hechos de la causa. En otros términos, se configura como la forma privilegiada para dar un contenido positivo al principio del libre convencimiento del juez, guiando y racionalizando la discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas, eliminando toda implicación irracional de esta valoración y vinculando al juez con la carga de criterios intersubjetivamente controlables.

El estándar de la probabilidad prevalente se funda en algunas premisas principales: a) Que se conciba la decisión del juez sobre los hechos como el resultado final de elecciones en torno a varias hipótesis posibles relativas a la reconstrucción de cada hecho de la causa; *b)* Que estas elecciones se conciban como si fueran guiadas por criterios de racionalidad; *c)* Que se considere racional la elección que toma como "verdadera" la hipótesis sobre hechos que resulta mejor fundada y justificada por las pruebas respecto a cualquier otra hipótesis; *d)* Que se utilice, como clave de lectura del problema de la valoración de las pruebas, no un concepto genérico de probabilidad como mera no-certeza, sino un concepto

específico de probabilidad como grado de confirmación de la veracidad de un enunciado, sobre la base de los elementos de confirmación disponibles.

Por lo que hace a la primera premisa: el problema del juicio de hecho puede y debe formularse como el problema de la elección de una hipótesis entre diferentes alternativas posibles. En otros términos, lo que el juez debe hacer es resolver la incerteza que *ab initio* caracteriza los enunciados en torno a los hechos singulares de la causa: cada enunciado hipotético puede ser verdadero o falso y, por si fuera poco, el propio hecho puede enunciarse de diferentes maneras, porque —como dice Susan Haak— de cada hecho pueden darse una infinidad de descripciones verdaderas (y, por lo tanto, también de descripciones falsas). Las pruebas sirven al juez como elementos de conocimiento, en función de los cuales determina cuál entre las diferentes hipótesis posibles, relativas a cada caso, debe elegirse como verdadera y, por lo tanto, como base racional para la decisión final que resuelve la incerteza entre verdad y falsedad de cada enunciado de hecho.

Por lo que hace a la segunda premisa: se trata de aplicar a cada elección particular del juez la orientación antes señalada que embona con la utilización de esquemas racionales de razonamiento y no con el uso de la persuasión "íntima" del propio juez.

Por lo que se refiere a la tercera premisa: se puede hablar de verdad en el proceso, sólo en un sentido relativo, y contextualizando el juicio relacionado con las pruebas adquiridas, según el principio que establece que puede considerarse verdadero solamente aquello que ha sido probado, siempre y cuando —y en la medida en que— las pruebas confirmen la hipótesis que el juez asume como verdadera.

La cuarta premisa exige que asumamos una perspectiva metodológica precisa en torno al concepto de probabilidad, aun cuando no implica

—per se— la adopción de una teoría particular entre las diversas teorías de la probabilidad. Sin embargo, implica que no se hable genéricamente de probabilidad para indicar indistintamente todas las situaciones en las que no es posible hablar de certeza o de verdad absolutas, y que se adopte — como ya lo sabían Bacon y Pascal, y como es evidente para cualquier concepción no *naïve* de la probabilidad— una definición de probabilidad como concepto "de grado" que permita identificar probabilidades "bajas", "medias" o "elevadas" según las diferentes situaciones, y de qué tanto, los enunciados pueden ser atendidos a partir de la información disponible.

El estándar de la probabilidad prevalente nos otorga el criterio de decisión racional para la elección del juez fundada en estas premisas, en la medida en la que nos ayuda a determinar cuál es la decisión, de entre las alternativas posibles, que es racional. Éste puede articularse en algunas reglas más específicas.

En términos generales, el criterio de la probabilidad prevalente implica que, entre las diversas hipótesis posibles en torno a un mismo hecho, deba preferirse aquella que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad. Así, por ejemplo, si existen tres hipótesis sobre un mismo hecho A, B y C con grados de probabilidad respectivamente del 40%, del 55% y del 75%, se impone la elección a favor de la hipótesis C que cuenta con un grado de probabilidad del 75%, por la obvia razón de que sería irracional elegir como "verdadera" una hipótesis que ha recibido un grado relativamente menor de confirmación. En el caso en el que solamente exista una hipótesis relacionada con un hecho, el criterio de la probabilidad prevalente se especifica en la regla comúnmente conocida como "más probable que no". Esta regla se basa en la premisa que nos dice que cada enunciado relativo a un hecho puede considerarse como verdadero o como falso según las pruebas respectivas y que esas calificaciones son complementarias: por ejemplo, si la hipótesis relativa a

la verdad del enunciado recibe la confirmación probatoria del 75%, ello implica que la hipótesis negativa correspondiente tiene una probabilidad del 25%; la hipótesis positiva sobre el hecho es, por lo tanto, "más probable que no" y es atendible. Si, en cambio, las pruebas disponibles sobre la verdad de un enunciado solamente alcanzan un nivel del 30%, entonces la hipótesis "más probable que no" es la negativa, o sea la falsedad del enunciado en cuestión y, en este caso, el juez no podrá fundar su decisión en dicha hipótesis negativa, porque sería irracional considerar atendible la hipótesis positiva que resultó "menos probable" que la negativa.

A este respecto es oportuno aclarar cómo opera el criterio de la probabilidad prevalente si consideramos una situación diferente. Por ejemplo, si el enunciado A tiene un grado de confirmación del 40%, y el enunciado B cuenta con un grado de confirmación del 30%, la regla de la probabilidad prevalente indicaría como racional la elección del enunciado A porque es más probable que el enunciado B. Sin embargo, esto no es así porque la regla del "más probable que no" nos dice que es más probable (60%) que el enunciado A sea falso y no verdadero; mientras que el enunciado B es falso con una probabilidad del 70%. Ninguna de las dos hipótesis cuenta con una probabilidad prevalente.

Surge, de esta manera, un criterio que proviene de la correcta interpretación de la regla de la probabilidad prevalente, que puede definirse como el estándar del grado *mínimo necesario* de confirmación probatoria, necesaria para que un enunciado pueda ser considerado "verdadero". Este estándar indica que es racional asumir como fundamento de la decisión sobre un hecho, aquella hipótesis que obtiene de las pruebas un grado de confirmación *positiva* prevalente, no sólo sobre la hipótesis simétrica contraria, sino también sobre todas las otras hipótesis que hayan recibido un grado de confirmación positiva superior al 50%. Naturalmente, la hipótesis con probabilidad positiva prevalente es preferible a todas las

hipótesis en las que prevalece la probabilidad negativa. En otros términos, el juez puede asumir como "verdadera", por estar confirmada por las pruebas, una hipótesis sobre un hecho cuando el grado de confirmación positiva sea superior al grado de probabilidad de la hipótesis negativa correlativa. Si con el tiempo surgen otras hipótesis con un grado de confirmación positiva, entonces será racional escoger aquella que tenga el grado de confirmación relativamente mayor.

A este respecto, es útil hacer una precisión. Cuando se elaboran ejemplos sobre las diferentes situaciones posibles es factible utilizar cifras porcentuales, aunque en muchos casos también se utilizan números decimales.[1] Esto se debe a razones de claridad expositiva, porque —quizá en honor a un síndrome que nos dice que sólo existe lo que podemos contar— nos parece más fácil comparar números que colores[2] o sonidos. Pero esto no implica una adhesión a las diversas teorías de la probabilidad cuantitativa o estadística, que suelen utilizarse para dar una versión formalizable o "calculable" de la valoración probatoria. Es más, es posible demostrar que estas versiones del razonamiento probatorio son infundadas, porque no corresponden a las condiciones reales en las que el juez valora las pruebas o que solamente sirven en los raros casos en los que la ciencia aporta frecuencias estadísticas que permiten inferencias significativas sobre los hechos de un caso particular. En cambio, refiriéndonos a la probabilidad como *grado de confirmación lógica* que un enunciado recibe de las pruebas disponibles, es posible adoptar una concepción "baconiana" de la probabilidad, que resulta de las inferencias que el juez formula a partir de las informaciones que las pruebas le aportan, para establecer conclusiones sobre la veracidad de los enunciados en torno a los hechos. En sustancia, entonces, es lícito utilizar indicaciones numéricas, pero siempre y cuando quede claro que son formas para expresar diferentes grados de confirmación probatoria, pero no implican alguna cuantificación numérica de estos grados y,

sobre todo, que no pueden ser objeto de cálculo según las reglas de la probabilidad cuantitativa.

2. *Racionalidad de la probabilidad prevalente*

El estándar de las probabilidades prevalentes, puede considerarse una definición funcional del concepto de "verdad judicial" referida al proceso civil. Si, como se ha sostenido, la verdad procesal de un enunciado de hecho está determinada por las pruebas que lo confirman (puede considerarse como "verdadero" lo que está probado); y si está probado el enunciado fundado en un grado prevalente de probabilidad lógica; entonces puede considerarse verdadero el enunciado que es más probable, sobre la base de los elementos de prueba disponibles.

Esta definición es aplicable en todos los casos en los que nos referimos a la confirmación de la verdad o a la prueba de los hechos en el ámbito de la justicia civil. Por ejemplo, si se considera que el libre convencimiento del juez se orienta hacia la investigación de la verdad sobre los hechos, el criterio del "más probable que no", con todas sus implicaciones, es la regla que el juez deberá seguir cuando tome sus decisiones en el marco de la discrecionalidad que ese principio le confiere.

Además, el estándar de la probabilidad prevalente, no solamente es un criterio de racionalidad de la valoración judicial de las pruebas. También es el objeto de una elección de *policy* que es compartida por la mayor parte de los ordenamientos procesales civiles. De hecho, por un lado, como hemos visto, durante siglos una *policy* diferente había llevado a preferir el sistema de la prueba legal sobre el sistema de la libre convicción y siempre es posible elegir las reglas de la prueba legal (de hecho las reglas de este tipo no faltan en ciertos ordenamientos, como el italiano). Por otro lado, es posible que el legislador establezca

ciertos estándares legales diferentes al de la probabilidad prevalente. En algunos casos, por ejemplo, la ley contempla que una *semiplena probatio* (es decir, una hipótesis de hecho con un grado de confirmación inferior al "mínimo necesario" que indicamos anteriormente), sea suficiente para justificar algunas decisiones particulares del juez, como por ejemplo, las decisiones que originan medidas cautelares. En otros casos, en cambio, el legislador puede considerar oportuno adoptar estándares que contemplan grados de confirmación probatoria más elevados que el que ofrece la probabilidad prevalente. Como veremos, esto sucede en el proceso penal. En el proceso civil puede suceder que se exijan grados de probabilidad particularmente elevados, como sucede, por ejemplo, según una interpretación ampliamente difundida, a propósito del § 286 de la *Zivilprozessordnung* alemana, cuando se exige que la hipótesis sobre el hecho deba confirmarse con un "alto grado" de probabilidad.

La elección de adoptar el criterio de la probabilidad prevalente, sigue pareciendo racional desde otro punto de vista. Es bien sabido que en el proceso civil las partes tienen tanto el *derecho a la prueba*, en cuanto manifestación esencial de las garantías de la acción y de la defensa en juicio, como la *carga de la prueba*, que nos dice que el que afirma la existencia de un hecho debe demostrarlo mediante pruebas, si no quiere perder. Se trata en realidad de las dos caras de una misma moneda, en la medida en que el derecho a la prueba implica que las partes tengan efectivamente la *posibilidad* de satisfacer la carga de la prueba, o sea de allegar todas las pruebas disponibles para demostrar la verdad del hecho que cada una de ellas tiene la carga de probar. Pues bien: si nos encontramos ante un ordenamiento en el que valen las reglas del derecho a la prueba y de la carga de la prueba, y tiene vigor el principio de libre convencimiento del juez, el estándar de la probabilidad lógica prevalente, no solamente aparece como el criterio más racional, sino también como el criterio *más justo* en términos de elección de *policy*.

Por un lado, de hecho, este criterio da contenido al derecho a la prueba, porque indica que las partes tienen el derecho de allegarse de todos los medios de prueba permitidos por la ley para otorgarle un grado de probabilidad prevalente a los enunciados de hecho con base en los cuales fundamentan sus pretensiones. Por otro lado, implica que la carga de la prueba se satisface cuando la parte que debe demostrar un hecho determinado logra demostrar que el enunciado relativo recibe de las pruebas un alto grado de probabilidad prevalente, por lo que puede considerarse jurídicamente "verdadero". En sustancia, se necesita que la parte que tiene la carga relativa demuestre la verdad de los hechos que ha argumentado como fundamento de su derecho y, por lo mismo, que pruebe que sus enunciados se encuentran debidamente fundados siguiendo la regla del "más probable que no". Además esta regla permite que las partes demuestren lo fundado de sus alegatos según criterios racionales, pero sin que esta demostración sea excesivamente difícil. Si se adoptaran estándares de prueba demasiado elevados (que hicieran demasiado difícil, o casi imposible, la demostración probatoria de los hechos que las partes alegan como fundamento de sus derechos), la garantía de la tutela en juicio de los derechos sería sustancialmente negada.

Desde esta perspectiva, puede surgir una tensión, sino es que una verdadera y propia contradicción entre diversos aspectos del estándar de decisión sobre los hechos. Por un lado, el estándar de la probabilidad prevalente es racional no solamente porque es más razonable elegir como "verdadera" la hipótesis más probable, en lugar de la hipótesis menos probable, sino también porque, ubicando en el 50% el nivel de probabilidad que debe superarse para probar un hecho, existe la tendencia a producir una distribución causal de los errores en un número elevado de decisiones, sin que los errores se concentren sistemáticamente en perjuicio o a favor de una parte en lugar de la otra. Por otro lado,

un estándar tan poco elevado — aunque sea en sí mismo racional— admite que exista una proporción de casos relativamente elevada en los que la probabilidad de que un hecho que sirve de fundamento para una decisión no sea verdadero es inferior a la probabilidad de que sí sea verdadero, aunque siga siendo significativa. Si, como hemos visto, con base en las pruebas, una hipótesis de hecho adquiere un grado de probabilidad del 75%, ello constituye una razón válida para asumir esta hipótesis como confirmada; sin embargo, sigue existiendo una probabilidad de error del 25%. El problema es particularmente evidente si se considera el caso límite en el que la probabilidad positiva es del 51%, mientras que la negativa (la probabilidad de error) es del 49%. En este caso, el problema se expresa como la cantidad de errores que estamos dispuestos a tolerar en un determinado sistema, ante la exigencia contraria —afirmada anteriormente— de no elevar excesivamente los estándares de prueba de los hechos para no hacer demasiado difícil o imposible la tutela de los derechos. Sin embargo, no podemos excluir *a priori* la eventualidad de que también en el proceso civil se exijan, como en la experiencia alemana, estándares de prueba más elevados que la probabilidad prevalente.

Para desdramatizar el problema, podemos considerar que, aun cuando se utilicen números para expresar los diferentes grados de prueba, el estándar de la prueba prevalente sigue siendo un concepto altamente indeterminado y, por lo mismo, debe aplicarse con prudencia y elasticidad, siguiendo los métodos de la *fuzzy logic* en lugar de cuantificaciones analíticas precisas, que serían altamente arbitrarias. En este sentido, es posible afirmar que el juez realizará una aplicación correcta de este estándar solamente cuando sea verdaderamente cierto que la probabilidad de un enunciado es prevalente sobre la probabilidad de su falsedad o sea que, también en la hipótesis peor, el estándar será seguramente superado. Esto nos puede llevar a excluir que subsista el

requisito de la probabilidad prevalente cuando la probabilidad de la hipótesis se ubica dentro de un *range* que incluye el 50% y se coloca "alrededor" de dicho valor (como sería, por ejemplo, una probabilidad individualizada en un intervalo entre el 40% y el 60%), porque ello implicaría la eventualidad de un grado de probabilidad inferior al mínimo necesario. Por ello es necesario que también el umbral mínimo del *range* de probabilidad de la hipótesis, se coloque claramente por encima del 50%. Así las cosas, una situación verdaderamente clara sólo se tiene con valores de probabilidad que oscilan entre el 55-60% y valores superiores, con grado medio del *range* de alrededor del 70%.

III. La Prueba más allá de cualquier Duda Razonable

Como ya se ha señalado, el estándar de prueba que es típico del proceso penal (y que no se adopta en ningún tipo de proceso civil) es el de la *prueba más allá de toda duda razonable*. Este tiene su origen en la historia del proceso penal inglés y posteriormente se reafirma repetidamente hasta convertirse en la regla fundamental del proceso penal estadounidense (aunque también existen fuertes tendencias hacia la aplicación de este mismo criterio en otros ordenamientos como, por ejemplo, en Italia).

A pesar de la existencia de una amplísima literatura sobre el mismo, que no podemos estudiar analíticamente por razones de espacio, se trata de un estándar adoptado por razones absolutamente vá lidas, pero que es muy difícil —sino es que imposible— definir analíticamente.

La razón fundamental por la que un sistema penal debería adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable es, esencialmente, de naturaleza *ética* o *ética-política*: se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya

alcanzado (al menos en tendencia) la "certeza" de su culpabilidad; mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente. El estándar probatorio en cuestión es, por lo mismo, particularmente elevado — y es mucho más elevado que el de la probabilidad prevalente— porque en el proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen un equivalente en el caso del proceso civil. Se trata, por lo tanto, de la elección de una *policy*, lo que explica la adopción del criterio de la prueba razonable: la *policy* es la de limitar las condenas penales únicamente a los casos en los que el juez haya establecido con certeza o casi-certeza (o sea sin que exista, con base en las pruebas, ninguna probabilidad razonable de duda) que el imputado es culpable. Sin embargo, la justificación ética fundamental de la adopción de un estándar de prueba así elevado, no excluye que también cuente con justificaciones jurídicas: de hecho, incluso más allá de los ordenamientos de *common law*, es posible conectar este estándar de prueba con principios fundamentales del proceso penal moderno que se refieren a las garantías procesales del imputado y al deber de racionalidad de la decisión, y de su justificación, que corresponde al juez penal.

En cambio, son menos relevantes, o no convincentes, otras justificaciones que frecuentemente se adoptan para sostener la adopción del estándar de prueba más allá de toda duda razonable. Así, por ejemplo, no parece que la demostración de la necesidad de utilizar este estándar provenga de la presunción de no culpabilidad del imputado, que existe en muchos ordenamientos (por ejemplo en Italia está contemplada en el artículo 27, párrafo 2 de la Constitución). Para superar esta presunción, como para superar todas las presunciones, no es necesario un grado particularmente elevado de prueba "en contrario" (probar la culpabilidad del imputado): de hecho, en ausencia de diversos criterios formulados

por normas (o que pueden recabarse de normas), sería posible superar la presunción con una prueba ordinaria de culpabilidad, o sea, con la probabilidad prevalente del enunciado correspondiente. Por otro lado, la formulación, también en el nivel constitucional, de la presunción de no culpabilidad, se explica por razones histórico políticas: por la reacción a regímenes totalitarios en los que correspondía al imputado aportar la prueba de su inocencia, y no por razones lógicas o sistémicas. Naturalmente, esto sólo significa que el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable no es una consecuencia lógico-jurídica necesaria para la presunción de no culpabilidad, pero no demuestra que la adopción de dicho estándar sea injustificada. Por el contrario: es la adopción del estándar lo que le da una fuerza particular y un valor a la presunción de no culpabilidad, en la medida en la que el criterio de la prueba más allá de toda duda razonable implica que es particularmente difícil vencer la presunción y condenar al imputado.

Aunque parece que no existen dudas sobre la existencia de razones de principio, válidas para adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable, surgen dificultades relevantes cuando tratamos de definir analíticamente su significado. De hecho, por un lado, todas las formulaciones que han sido propuestas para definir con precisión cuándo una duda sobre la culpabilidad del imputado es "razonable" o "no razonable" se resuelven en tautologías o círculos viciosos, que en ocasiones rayan en lo ridículo o en la insensatez. Por otro lado, son dignos de consideración los intentos para cuantificar en cifras porcentuales el grado de prueba que correspondería al estándar en cuestión, o el grado que tocaría a la duda razonable. Estas cuantificaciones se han formulado de manera impropia, partiendo de determinaciones de error tolerable: así, por ejemplo, algunos (Blackstone, en primer lugar, y Fortescue, posteriormente) han sostenido que es preferible que 20 culpables sean absueltos antes de que un inocente sea condenado y, con base en esta

afirmación, muy difundida, se ha concluido que la prueba más allá de la duda razonable debería superar un grado de confirmación del 95%, con la consecuencia de que la duda, para ser razonable, debería superar una probabilidad del 5%. Pero esta manera de argumentar parece del todo incongruente. Existen varias versiones del margen tolerable de error, cada una de las cuales nos llevaría a cuantificar el estándar de manera diferente: Voltaire, por ejemplo, sostenía que era mejor absolver a dos culpables que condenar a un inocente (de modo que, para él, el estándar de prueba se colocaría alrededor de los 2/3), mientras que Mosè Maimonide pensaba que sería mejor absolver a mil culpables que condenar a un inocente (y, por lo mismo, en este caso, el margen de duda tolerable sería sólo de 1/1000). Por otro lado, parece poco sensato razonar en términos de margen de error en situaciones en las que el error no es verificable por la evidente razón de que no es posible saber si fue condenado un inocente o si fue absuelto un culpable, ni se puede saber cuántos inocentes han sido condenados o cuántos culpables han sido absueltos por cada 100 o 1000 sentencias de condena o de absolución. La única cosa válida en esta clase de argumentos es su *Leitmotiv* fundamental, o sea la opción moral que se inclina por sistemas penales en los que se reduzca al mínimo la eventualidad de que se condene a un inocente, aun a costa de incrementar sustancialmente el número de los casos en los que se absuelvan imputados culpables.

No siendo posible, al menos por lo que parece, aportar una definición analítica precisa de qué cosa es una "duda razonable" o una "prueba más allá de cualquier duda razonable", las únicas conclusiones racionales parecen ser: abandonarla para sustituirla con otros criterios equivalentes, como el de la "certeza", de la "casi certeza" o de la alta o altísima probabilidad (como ha sucedido en algunos ordenamientos de *common law*); o, más oportunamente, reconocer que se trata de un *concepto indeterminado* que expresa un principio general que debe ser

caracterizado por el juez en cada caso particular. En otros términos, no es con la lógica del cálculo de probabilidad estadística con la que podemos conseguir una determinación precisa del criterio, y no es con dicha lógica con la que podemos decidir en los casos individuales y concretos si las pruebas permiten o no permiten superar el límite mínimo exigido para emitir una sentencia de condena. Más bien, parece más razonable recurrir, también en estos casos, a la *fuzzy logic*, que permite formular argumentaciones racionales en torno a conceptos vagos como el concepto de "duda razonable". En ello no hay nada de extraño o de sorprendente: el derecho, y también el derecho penal, es riquísimo en conceptos vagos o indeterminados que no pierden por ello su valor de garantía o la posibilidad de su aplicación concreta por parte de los jueces al decidir (como, por ejemplo, también sucede con las normas constitucionales y con las cláusulas generales).

En sustancia, sigue siendo verdadero que la adopción del criterio de la prueba más allá de toda duda razonable corresponde a una exigencia política y moral fundamental, por la cual una sentencia de condena debería ser emitida únicamente cuando exista una certeza práctica de la culpabilidad del imputado, aun cuando esta exigencia no pueda traducirse en determinaciones analíticas del grado de prueba que corresponde, en cada caso, a este nivel de certeza.

Naturalmente, la adopción del criterio en cuestión hace particularmente difícil, en los casos concretos, probar la culpabilidad suficiente que justifique la condena del imputado. A su vez, este aspecto se vincula con elecciones fundamentales de *policy* de la justicia penal: si partimos de la premisa de que, como sea, debemos minimizar la frecuencia de las condenas (cualquiera que sea la razón por la que se lleva a cabo esta elección), sin importar si las absoluciones corresponden a sujetos inocentes o culpables, el estándar de la prueba más allá de

toda duda razonable se convierte en el instrumento más razonable para alcanzar este resultado.

IV. Estándares de Prueba y Conocimiento Científico

Los estándares de prueba que se consideran adecuados en los diferentes tipos de proceso, constituyen el contexto en el que se coloca el esfuerzo probatorio de los conocimientos científicos. En línea general, estos conocimientos sirven como elemento para confirmar los enunciados sobre los hechos en función de su validez científica, y del grado de atendibilidad que les corresponde en el ámbito científico del que provienen. Así, como se ha dicho anteriormente, es necesario distinguir cuidadosamente cuál es el tipo de ciencia de que se trata, cuál es el estatuto epistemológico de los conocimientos que suministra, cuál es su grado de atendibilidad, y cuál es el grado de confirmación que pueden aportar al enunciado de hecho sobre el que se despliega la decisión del juez. Esta diversidad de niveles de atendibilidad de los conocimientos científicos que se realizan, con fines probatorios, durante el proceso, implica una consecuencia importante: que solamente en casos particulares — con toda probabilidad no muy frecuentes— la prueba científica es capaz, *por sí sola*, de atribuirle a un enunciado de hecho un grado de probabilidad capaz de satisfacer el estándar de prueba que tiene vigor en esa clase de proceso. En consecuencia, debemos admitir que la prueba científica puede acompañarse o integrarse con otras pruebas, con pruebas "ordinarias", que pueden contribuir a fundar conclusiones válidas sobre el hecho que debe probarse. Así, por ejemplo, es muy posible que una prueba del ADN sea el único elemento de prueba para decidir sobre la identificación de un sujeto, dado que esta prueba — cuando se realiza con todas las condiciones necesarias y su resultado se interpreta correctamente— alcanza valores de probabilidad del orden

del 98-99%. Por el contrario, con frecuencia se utilizan como pruebas datos epidemiológicos que se expresan con frecuencias estadísticas muy bajas, del orden del 1 o 2%: ciertamente, por sí solos, estos datos no son suficientes para demostrar un nexo de causalidad específica entre un hecho ilícito y el daño provocado a un sujeto, y es bastante dudoso que puedan dotar a la prueba de un nexo de causalidad general (en casos en los que un nexo de esta naturaleza es objeto de prueba). De esta forma, resulta evidente que, si se quiere alcanzar el estándar de prueba que debemos satisfacer para demostrar el nexo causal entre el hecho ilícito y el daño causado, y para afirmar que el enunciado correspondiente pueda considerarse como "verdadero", estos datos deben integrarse con pruebas de otro género. En sustancia, las pruebas científicas son muy útiles, pero raramente resultan decisivas y suficientes para determinar la decisión sobre los hechos.

Bajo otra perspectiva, resulta relevante la diferencia entre los estándares de prueba que acabamos de discutir. De hecho, parece evidente que en el contexto del proceso civil, en donde el estándar es el de la probabilidad prevalente, es relativamente más fácil satisfacer este estándar con pruebas científicas aunque no cuenten con un nivel de atendibilidad tan elevado como el de la prueba del ADN; también será relativamente más fácil integrar pruebas científicas caracterizadas por grados no elevados de probabilidad con pruebas ordinarias que permitan, sumándose a las pruebas científicas, alcanzar el grado de prueba mínimo necesario del hecho que se debe demostrar. Si, en cambio, nos encontramos en el terreno del proceso penal, en el que debemos satisfacer el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable, debemos resignarnos ante el hecho de que sólo en unos pocos casos la prueba científica aporta informaciones con un grado de probabilidad suficientemente alto como para lograr la certeza o la casi-certeza del hecho. Esto puede suceder, por las razones ya señaladas, cuando disponemos de una prueba del ADN

que se efectuó correctamente, pero sucede pocas veces en el caso de otras pruebas científicas. Por lo general, el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable solamente puede superarse cuando la conexión entre un hecho (causa) y otro hecho (efecto) está "recubierta" por una ley de naturaleza deductiva o, al menos, casi-deductiva, cuya aplicación permita otorgar un carácter de certeza o de casi-certeza al enunciado que se refiere a dicha conexión. Más allá de las pocas hipótesis en las que el caso particular entra en un modelo nomológico-deductivo específico, es muy probable que las pruebas científicas, incluso si se encuentran —cuando esto es posible— integradas por otras pruebas, puedan aportar elementos para superar el estándar en cuestión. Si, como se ha señalado, tenemos que tratar con datos epidemiológicos que aportan una frecuencia baja de las conexiones entre hechos, será prácticamente imposible otorgarle a la prueba un nexo de causalidad específica, pero también será extremadamente difícil otorgar a la prueba un nexo de causalidad general: de hecho, es difícil hacer una hipótesis en el sentido de que un descarte que va del 1-2% hasta un estándar que alcanza el 95% pueda colmarse recurriendo a otros elementos probatorios. Esto no es imposible *a priori,* pero establece un límite muy sólido para la utilización de la mayor parte de las pruebas científicas en el ámbito del proceso penal.

Además, una prueba científica que no cuenta con un grado elevado de probabilidad puede ser muy útil en el proceso penal, cuando es favorable a la hipótesis de la inocencia del imputado. Una prueba de este tipo, de hecho, podría ser suficiente para confirmar la existencia de la duda razonable que, aun ante una probabilidad prevalente de culpabilidad, impide imponer una condena al imputado. En el proceso civil, en cambio, una prueba de esta naturaleza que fuera favorable para el demandado, con tendencia a confirmar la falsedad del hecho sostenido por el actor, podría no ser suficiente para impedir la derrota del primero

si la hipótesis positiva, relativa a la veracidad del hecho argüido por el actor, resulta igualmente la "más probable que no".

Estas consideraciones nos conducen a observar que el recurso a la ciencia puede ser útil tanto en el ámbito del proceso civil como en el ámbito del proceso penal, pero ciertamente no constituye el remedio para todos los problemas, e incluso provoca una serie de cuestiones y de dificultades que debemos considerar con atención. Como se ha visto, existen muchos elementos de variación, y también de incertidumbre, que tienen una tendencia a entrecruzarse y a sumarse en la realidad concreta del proceso: por un lado, la variedad de los estándares a los que se recurre para orientar y controlar la discrecionalidad de juez; por el otro, la presencia de diferentes ciencias que aportan informaciones que tienen diferentes grados de atendibilidad y de utilidad probatoria. Sin embargo, la presencia de estas dificultades no constituye una buena razón ni para abandonar los estándares de prueba con la finalidad de retornar a la *intime conviction* irracional del juez individual, ni para renunciar al uso de la ciencia en el proceso todas las veces que sea posible utilizar datos científicos válidos. Más bien, dichas dificultades nos llevan a la conclusión de que necesitamos modelos conceptuales y lógicos particularmente complejos, que deben ser desarrollados por juristas y epistemólogos, para enfrentar de manera adecuada el problema de la decisión sobre los hechos y el problema del uso correcto de la ciencia en los diferentes contextos procesales.

Citas:

1 Si, como sucede con frecuencia, se considera que la probabilidad se refiere a grados intermedios entre 0 y 1, entonces se expresa con números decimales como 0.40, 0.55, 0.75, y así sucesivamente.

2 Por ejemplo, se podría utilizar un criterio "azul prevalente" o uno del "azul que no" si se adopta la gama de colores desde el casi blanco hasta el azul intenso que utilizó Gaudí en el pozo de luz de la Casa Batllò de Barcelona.

1. Credulidad o Incredulidad

En la primera de sus *Siete Noches*, que es un comentario fascinante a la *Divina Comedia* de Dante, Jorge Luis Borges cita a Coleridge cuando dice que una condición previa necesaria para leer poemas es la "suspensión de la incredulidad"[1]. Este aguado comentario se sustenta en dos premisas implícitas aunque evidentes: a) que la incredulidad debe caracterizar nuestra aproximación a la experiencia común cotidiana como necesaria postura crítica dirigida a evitar que nos formemos o compartamos creencias falsas; b) que tenemos que ser crédulos para ser capaces de captar, entender y disfrutar fantasías, metáforas, ambigüedades, imaginerías, sentimientos, emociones, y todos los otros aspectos inusuales que se consideran típicos de la poesía.

El alcance de la afirmación de Coleridge, podría ser fácilmente extendido, aunque no propiamente generalizado, porque -en algún sentido- cualquier tipo de experiencia estética puede pretender estar basada en un estado de credulidad. Por ejemplo, mirar un cuadro normalmente requiere una aproximación crédula, la apreciación de un Vermeer, no supone un punto de vista escéptico respecto

* Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2007, vol. 20, no. 1 [citado 2009-03-18] pp. 231-270. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502007000100010&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

de si la luz en Delft a mediados del siglo XVII, era realmente como Vermeer la pintó, aunque él fuera famoso por su intento de lograr una reproducción fidedigna de la realidad. Más aún, para poder apreciar un cuadro de Jackson Pollock o una escultura de David Smith, uno no debe preguntarse si representan o no algo: es mucho mejor suspender la incredulidad y ser crédulos al disfrutar de las formas expresadas en ambas obras de arte. Una actitud similar e incluso más profunda, debe ser mantenida mientras se escucha música, ya que la música es –como escribió Schopenhauer-[2] la forma suprema de arte, la "catarsis estética". En realidad, para apreciar a Wynton Marsalis y a Astor Piazzolla, para no pensar en Chopin o Brahms, es altamente recomendable estar en un estado mental de no incredulidad.

Volviendo a los textos escritos, uno podrá decir que la suspensión de la incredulidad se necesita incluso al leer prosa y no sólo al leer poemas[3]. Por ejemplo, es mejor ser crédulo al leer ciencia ficción, al menos para introducirnos en el contexto de la novela y durante el tiempo necesario para leerla. Ser sistemáticamente incrédulos -esto es, escépticos- respecto de la invasión terrestre por grandes y crueles criaturas extraterrestres, puede ser racional, pero está lejos de ser la manera apropiada para leer a Wells. El mismo argumento se aplica en forma más general respecto de cualquier tipo de novelas, desde las de terror hasta las grandes obras maestras de la literatura de todos los tiempos y lugares. De alguna manera, por lo tanto, la distinción entre las aproximaciones crédulas e incrédulas corresponde a la destitución entre la fantasía y la creencia: cuando la que opera o debe operar es la fantasía, entonces la suspensión de la incredulidad es una condición previa de la experiencia humana; cuando el asunto es sobre creencias y en particular sobre creencias verdaderas sobre los sucesos del mundo humano y material, una actitud escéptica e incrédula es probablemente mucho más racional, aunque probablemente sea mucho menos fascinante y atractiva[4].

Si, como parece al menos en una primera mirada, dicha distinción tiene sentido, entonces puede ser usada como antecedente para ocuparse de otros ámbitos narrativos más acotados y en particular del dominio definitivamente más acotado de las "narrativas judiciales".

2. Narrativas

Uno de los términos más en boga y más sobredimensionadas de las últimas dos o tres décadas es "narrativa". Se ha transformado en una especie de icono de la llamada aproximación postmoderna a muchas (quizá demasiadas) cosas, como la literatura, la critica literaria, la filosofía e incluso la teoría jurídica[5]. Por su uso extremadamente amplio y variable y por la multiplicidad de ámbitos en los que se emplea , es imposible (en este contexto, por cierto, y probablemente en general) considerar todos los aspectos que dicen relación con narrativas. Sin embargo, desde que el "giro narrativo" se ha transformado en un lugar común también en el discurso sobre la prueba y la decisión judicial[6], es posible al menos hacer algunos comentarios aislados, no sistemáticos y ciertamente incompletos, sobre el rol de las narraciones en los contextos procesales y probatorios. En esta perspectiva, puede asumirse la existencia de una conexión -quizás una equivalencia- entre el discurso acerca de las "narrativas" y el discurso acerca del *Story-telling*. En alguna medida , los contextos culturales y las connotaciones de los dos conceptos pueden divergir pero, desde la perspectiva procesal, puede asumirse sin problemas que las "historias" que son contadas en un procedimiento judicial son –o al menos pueden ser tratadas como- narraciones[7].

Concentrarse en narraciones judiciales, implica que muchos debates sobre las narrativas en general deben ser dejados de lado. Por ejemplo, los ataques postmodernos en contra de los llamados Grandes Relatos, tales

como la Historia, el Progreso, la Razón, la Verdad, y otras, no pueden ser discutidos aquí como merecerían,[8] y lo mismo debe decirse respecto del contraste entre "fundacionalistas" y "antifundacionalistas"[9]. Basta con decir que actualmente parecen un poco triviales y extemporáneas: por lo menos desde mediados del siglo XIX y la primera década del siglo XX[10], y especialmente después de la segunda guerra mundial, ninguna persona educada y culta siguió creyendo en Grandes Relatos. De hecho, largo tiempo antes de Baudrillard[11], la cultura europea conoció a Jean-Paul Sartre Y Albert Camus, para no mencionar a Nietzsche y a todos los irracionalistas de los que trata Lukàcs en *Zerstörung des Vernunt*. En aquel tiempo, los intelectuales europeos estaban perfectamente conscientes del fin de las certezas propias del siglo XIX. Sin embargo, Baudrillard no fue en ningún caso el único ejemplo de un filósofo postmoderno que redescubre gastados lugares comunes y los reinterpreta en un estilo grandilocuente como si las connotaciones retóricas y apocalípticas fueran señal de un pensamiento profundo y novedoso.

Por otro lado, para definir el nivel de discurso que sería útil para hablar de narrativas judiciales, puede ser incluso insuficiente referirse a los relatos cotidianos y concentrarse en el ámbito jurídico. El movimiento "Derecho y Literatura"[12], ha dado muchas luces en asuntos jurídicos, pero también mucha cháchara académica para la hora del cóctel. No todo lo que se dice resulta significativo, en realidad, y cuando lo es se refiere principalmente a ideas vagas y variables sobre "narrativas jurídicas" en las que la distinción entre hechos y derecho normalmente es difusa[13] y los "hechos judiciales" se mezclan en una indistinta "conversación literaria sobre el derecho".

Con esto, no se quiere decir que la teoría de las narrativas, especialmente en la perspectiva de la psicología social, no tenga nada relevante que decir acerca del *store- telling* judicial. Muy por el contrario. Como veremos, esa teoría provee varias pistas que son extremadamente

útiles en un análisis acabado de las narrativas judiciales. Las advertencias recién mencionadas tienen por objeto subrayar que la máxima de los abogados medievales *distingue frequenter* es válida también aquí: en efecto, es necesario distinguir para lograr una comprensión apropiada de las narrativas judiciales.

Hablando del store-telling jurídico y judicial, Twining, con justa razón, ha subrayado frecuentemente que las "historias" son a la vez necesarias y peligrosas[14]. Las historias y narraciones son necesarias tanto en los contextos judiciales como extrajudiciales, porque son los medios principales por los cuales fragmentos de información y "piezas" de sucesos que están dispersos, pueden ser combinados y organizados como un conjunto de hechos coherentes y significativos: las historias modelan nuestra experiencia y nos proveen con esquemas del mundo[15], pueden ser entendidas como "elaboraciones interpretativas de los sucesos" que dan una forma posible, un modelo, a una serie de datos informes[16]. Ellas proveen una "heurística", esto es, un método para descubrir lo que realmente ocurrió[17], Sin embargo, su característica principal es que ellas solamente proponen posibilidades, no importando que tan lejanas ellas estén de la realidad[18]. En ese sentido, las narrativas son como el diseño que forma un mosaico a partir de un montón de piezas de vidrio de colores[19].

Por otro lado, las historias "se vuelven sospechosas"[20] y peligrosas, porque abren la puerta a la vaguedad, la variabilidad y la manipulación en la reconstrucción de los hechos[21], dependiendo del punto de vista, los intereses y los propósitos de los sujetos que cuentan las historias en un determinado momento y contexto. Esto es cierto, en general[22], pero especialmente en el contexto judicial. Como veremos más adelante, un procedimiento judicial no incluye solo una narrativa o *story–telling:* es una situación compleja en la que varias "historias" son construidas y contadas por diferentes sujetos, desde diferentes puntos de vista y de

maneras distintas. Particularmente serios son los peligros de errores, relatos incompletos, manipulaciones y reconstrucciones incorrectas de los hechos, que pueden llevar a malos entendidos y errores dramáticos en la decisión final de un caso.

2.1. Un experimento mental

Existe una gran variedad de narrativas acerca de hechos. El tipo más común, está representado por las novelas y especialmente por aquellas novelas que están redactadas en la forma de relatos de historias. Existe toda una rama de la critica literaria, llamada narratología, se ocupa de los problemas relativos a las estructuras, las características y las técnicas de la narración, pero no es necesario que nos hagamos directamente cargo aquí de todos esos sofisticados temas(23). Más bien, podemos tomar un ejemplo muy simple y ver qué nos puede decir –en una especie de experimento mental- acerca de las narrativas y de sus aspectos epistémicos, con el fin de subrayar algunas características que parecen ser típicas de los relatos judiciales.

El ejemplo (escogido entre miles que podrían servirnos igualmente bien) es la muy conocida novela de suspenso de John Grisham *The Broker*. Las razones de esta elección son básicamente las siguientes:

a) Cientos de miles o millones de lectores la conocen;

b) Una parte importante de la historia sucede en Bolonia, una ciudad que conozco muy bien.

Cuando una Lectora No Informada (LNI) (esto es, una lectora que no sabe nada de Bolonia) lee la novela, encuentra descripción de lugares, plazas, calles, restaurantes, iglesias y otros sitios en que

ocurre la acción. Esas descripciones son frecuentemente detalladas y realistas: reflejan muy bien las imágenes y la atmósfera de la ciudad y de sus lugares y formas de vida representativos. De hecho, Grisham vivió en Bolonia algunos meses solo con el fin de reunir información e impresiones sobre los lugares que iba a describir. Esto le da a la novela un sabor de autenticidad, coherencia y realismo que se aprecia en si mismo, y no solamente porque agregue una fuerte sensación de credibilidad a las aventuras del Broker. Cuando una Lectora Informada (LI) (esto es, una lectora que conoce bien Bolonia) lee al novela, su actitud casi instintivamente se transforma, y no sólo por el sentimiento de "familiaridad" que la LNI no puede tener. Con las descripciones de Grisham, la LI puede sentirse inclinada a distinguir enunciados que son epistémicamente diferentes entre ellos:

a) Algunos (muchos) de estos enunciados son verdaderos. Por ejemplo, cuando Grisham escribe que en el centro de Bolonia hay dos torres medievales llamadas Asinelli y Garisenda, está realizando una aserción verdadera, porque en la Bolonia que existe en el mundo de la realidad empírica y material esas torres realmente existen con esos nombres. Igualmente, la afirmación de que en la Vía Zamboni n. 22 existe un edificio en el cual está ubicada la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, también es verdadera. Hasta aquí vamos bien esos enunciados, como muchos otros, suenan verdaderos a la LI porque reflejan la realidad material de los lugares que descrien. Para la LNI, ellos pueden sonar verosímiles, y para ella eso es suficiente.

b) Cuando Grisham escribe que en el edificio de la Facultad de Derecho están los estudios de los profesores que enseñan en la facultad, hace una afirmación que es verosímil, porque en muchos casos – o en la mayoría- las salas de los profesores están ubicadas en los edificios principales de las facultades de Derecho. Por lo tanto, esa aserción es verosímil porque corresponde a lo que *normalmente*[24] ocurre. El

problema es que, en el caso especifico, el enunciado es verosímil, pero falso, porque los estudios de los profesores de Derecho de Bolonia no están ubicados en ese edificio. No hay nada asombroso en eso: muchas cosas que parecen verosímiles sólo porque corresponden al *id quod plerumque accidit,* en realidad no existen. Todo esto es irrelevante para la LNI: para ella, la verosimilitud de la afirmación sobre las salas de profesores es suficiente para asegurar la coherencia de la narración. La situación de la LI es diferente :ella entiende que la coherencia del relato se mantiene porque la afirmación es verosímil, pero se da cuenta que la narración está pasando de la descripción de la realidad al nivel de la invención y la fantasía, porque sabe que la realidad es diferente de la descripción ofrecida por Grisham.

c) Cuando Grisham escribe que en el edificio de la Facultad de Derecho además está el estudio del profesor Rodolph Viscovich, hace una afirmación que es descriptivamente falsa, pero que no pretende ser verdadera, y ni siquiera verosímil, y que no puede ser tomada como verdadera o verosímil. Efectivamente, todo lector, informado o no informado, ya sabe que el profesor Rudolph Visconvitch no existe y que es solamente un personaje creado por el escritor: queda claro por la narración del primer encuentro del *Broker* y el profesor en un café, unas pocas páginas antes. De hecho, la coherencia narrativa de la historia está asegurada, porque el profesor Viscovitch es descrito como un hombre barbado, de edad mediana, muy "normal", lo que es un tipo humano común que perfectamente podría ser la imagen de un profesor, y no como una criatura verde venida de Marte.

Desde el punto de vista de la coherencia narrativa, no hay diferencia entre la situación de la LNI y la de la LI: ambas pueden apreciar el orden y la conexión de los sucesos que se describen. Sin embargo, la LNI percibe solamente la coherencia de la narración y la verosimilitud uniforme de los sucesos, mientras que la LI conoce que algunas partes

de la historia son verdaderas, mientras que otras partes son falsas, aunque verosímiles. Puede apreciar el esfuerza de Grisham para insertar su historia en un contexto verídico, pero no puede percibir un giro continuo y reiterado desde la realidad a la ficción y de la ficción a la realidad. En una palabra: la LNI y la LI leen la misma narración desde dos puntos de vista epistémicamente distintos. La LNI no sabe que es verdadero y que es falso en la historia de Grisham, pero no está interesada en saberlo: lo que está leyendo es –después de todo- una ficción, y no se espera de una ficción y no espera que la historia sea verídica, es solamente una ficción: sin embargo, sabe qué es verdadero y qué es ficticio en la historia de Grisham.

Ahora, dejando al Broker a su suerte, imaginémonos que el New York Times informa que "el profesor Rudolph Viscovitch fue asesinado en su despacho en la Facultad de Derecho de Bolonia, Vía Zamboni, 22, por un estudiante decepcionado", y dice que esa afirmación fue formulada en la acusación redactada por el fiscal de Bolonia, fue incluida en el testimonio dado por un/a testigo y además aparece en la sentencia final que condenó al estudiante a las penas más severas (ya que matar profesores de derecho es el peor de los crímenes, incluso para alumnos decepcionados). Tanto la LNI como la LI, al leer la noticia, no podrían evitar la fuerte sensación de incomodidad y –esencialmente- de incredulidad. Ellas saben que –salvo por una muy improbable coincidencia de nombres- el profesor Rudolph Viscovitch no existe fuera de la historia de Grisham. Descartando errores en el reportaje del New Cork Times, tanto la LNI como la LI deben entonces concluir que las narraciones acerca del asesinato del profesor Viscovitch son falsas, aunque tomadas en si mismas parezcan coherentes, plausibles y, por lo tanto, creíbles. En consecuencia, la LNI y la LI pensarían que este es un claro caso de error judicial fundado en una imputación falsa, un testimonio falso y una sentencia equivocada.

Las razones por las cuales la LNI y la LI reaccionan en forma diferente al leer a Grisham y al leer el reportaje del New York Times son muy claras: al leer a Grisham ellas suspendieron su incredulidad porque estaban conscientes de que estaban leyendo ficción, y no se espera que los relatos fácticos sean descriptivamente verdaderos. Cuando, como en el caso de al LI, uno sabe que algunas afirmaciones incluidas en la novela son verdaderas porque la que dicen corresponde a lugares reales en Bolonia, esto puede agregarle un sabor de realidad al relato. Pero, incluso la LNI, que no puede percibir el sabor de realidad, puede apreciar perfectamente: la plausibilidad y el "realismo verosímil" de la historia. Pero cuando un lector sabe que no está leyendo ficción, y que está leyendo la narrativa de hechos relativos a un caso judicial real, su actitud es completamente diferente, asume que las historias sobre esos hechos deben ser verdaderos (no sólo verosímiles), y por lo tanto no puede sino ser incrédula cuando lee una historia judicial que sabe que es falsa.

Lo principal es que no se espera que algunas historias sean verdaderas (incluso si son al menos parcialmente verdaderas), y por lo tanto, el hecho de que sean descriptivamente falsas (en todo o en parte) no es relevante: un relato puede ser narrativamente bueno cuando es coherente, consistente, creíble, normal, familiar, verosímil y, por lo tanto, persuasivo. Pero un buen relato no necesita ser verdadero(25).

Respecto de otras historias, por el contrario, se espera que sean ciertas y por lo tanto el lector permanece siendo "incrédulo" hasta que quede satisfecho de que la narrativa corresponde a la realidad material de los acontecimientos. Se trata solo de un asunto de contextos diferentes y de narrativas diferentes. Después de todo, tanto los LNIs como los LIs nunca deben olvidar que el derecho no es literatura(26), y que una buena narrativa en literatura puede ser una mala narrativa en derecho. En el fondo de este asunto, hay un problema fundamental que dice relación

con el concepto de verdad: la verdad se relaciona con el contexto al que pertenece. Por lo tanto, contextos diferentes pueden adoptar distintos conceptos de verdad y es la diferencia en el contexto lo que determina diferentes ideas sobre la verdad. Es entonces, en consideración al contexto que podemos decidir si una aserción describe el mundo en su realidad empírica y solamente cabe pensar en una verdad "interna" a ese universo fantástico[(27)]. El contexto judicial es un contexto en que la verdad empírica es necesaria; una novela es un contexto en el cual la "verdad narrativa" es simplemente algo que pertenece al mundo fantástico creado por el novelista. Grisham, al igual que muchos otros novelistas, mezcla los contextos usando también enunciados que son empíricamente verdaderos, pero lo hace sólo como un recurso literario; de todas formas un concepto diferente de verdad está operando: es la verdad "interna" a la historia fáctica del *Broker.*

2.2. Narrativas y hechos

Incluso cuando el discurso usual sobre narrativas y *store–telling,* se remite específicamente a los contextos judiciales, suele hacer referencia en forma general a todos los elementos del caso, juntando en un "todo" inseparable tanto los aspectos fácticos como los jurídicos de la situación de que se trata[(28)]. Esto puede deberse a varias razones. Una razón puede ser que los abogados tienden a hablar mucho más del derecho que de los hechos. Otra razón puede ser que la práctica del *story-telling* jurídico, y del *story-telling* judicial también, tienda a borrar varias distinciones, como aquellas existentes entre hecho y derecho y entre hecho y valor[(29)]. Una tercera razón puede ser que la distinción derecho-hecho sea un antiguo y eterno problema no sólo en los sistemas de *common law,* donde tiene que ver básicamente con la separación de funciones entre el juez y el jurado[(30)]. Aún en los sistemas de *civil law,* en los que no se

conoce el jurado civil y donde la distinción entre derecho y hecho se usa especialmente con el fin de definir los limites de facultades de las cortes supremas, ella resulta confusa y problemática y tiene significados diversos en distintos contextos[31]. Una cuarta razón importante es que definir un "hecho" puede dar lugar a un conjunto de preguntas filosóficas, por lo que uno tiende a dejar a un lado cualquier intento de hablar específicamente de "hechos". No hay que asombrarse, por lo tanto, de que la actual teoría del *story–telling* no considere la distinción entre derecho y hecho.

Todas estas dificultades deben ser consideradas cuando se habla de narrativas judiciales. Sin embargo, el discurso puede ser menos general y vago que lo que es usual: no hay duda de que los relatos judiciales deben referirse también a los aspectos jurídicos del caso, pero esto no significa que sea imposible pensar en narraciones sobre *hechos*. Tampoco hay duda de que –citando a William Twining nuevamente- los hechos tienen que ser "tomados en serio"[32] muchos casos se ganan o pierden "en los hechos", dependiendo de si el demandante tuvo éxito en probar los hechos en que se fundamenta su demanda, muchos "casos difíciles" son difíciles porque los hechos son demasiado complejos como para ser subsumidos bajo una norma leal clara, más aun, en el contexto judicial los hechos son el punto de referencia de todo el aparato de la prueba. Por lo tanto, si uno tiene alguna experiencia en la práctica de los procedimientos judiciales, negar la posibilidad de hablar separadamente de "narrativas relativas a los hechos" parece no tener sentido. Entonces puede, razonablemente, asumirse que los hechos del caso pueden distinguirse del "derecho del caso", aunque claramente estas dos dimensiones estén íntimamente conectadas.

Es fácil notar que para que el derecho y los hechos estén conectados, ellos deben ser concebibles como distintos o al menos como distinguibles.

En realidad, los hechos del caso pueden ser identificados como tales y ser separados de las dimensiones jurídicas del caso[33]. Por cierto que cuando se habla de "hechos" no se hace referencia a los hechos en su existencia material y empírica: las narraciones solo pueden referirse a "enunciados acerca de hechos". Un enunciado acerca de un hecho, es cualquier enunciado en el que se describe que un evento ocurrió "de tal y cual manera" en el mundo real (el que, por supuesto, se asume existente y no meramente imaginado o soñado)[34]. En tanto describe algo que se asevera haber ocurrido en el dominio de la realidad, ese enunciado es *apofántico,* esto es: puede ser verdadero o falso[35].

Hay al menos un sentido en el cual la distinción entre derecho y hecho es necesaria y, en consecuencia, también posible. Esa distinción es ineludible cuando el problema es establecer qué puede y qué deber ser probado en un procedimiento judicial. El principio general comúnmente reconocido es que el derecho no puede ser probado en el sentido propio y especifico de la palabra: *jura novit curia,* y corresponde al juez conocer el derecho aplicable para decidir el caso. Entonces, sólo los hechos (es decir, enunciados relativos a hechos) son objeto de prueba. Las afirmaciones relativas a los aspectos jurídicos del caso son objeto de decisión, interpretación, argumentación y justificación, pero no pueden ser *probadas.* Las aserciones relativas a hechos también son materia de decisión, interpretación, argumento y justificación, pero sobre todo – y finalmente- ellas *pueden* ser probadas como verdaderas o falsas. La relevancia de los elementos de prueba, es decir, la condición básica para su admisibilidad, se establece por referencia a las aserciones fácticas relativas al hecho físico en cuestión, no por referencia a los argumentos jurídicos proporcionados para encuadrar jurídicamente el caso. Esa distinción entre derecho y hecho no necesita ulterior análisis: los principios que rigen la admisibilidad y la valoración de las pruebas

ofrecen una base suficiente para determinar qué merece ser considerado como "hecho" en el contexto de un caso judicial.

Cuando se trata de los hechos que están involucrados en un proceso judicial, no hay necesidad de ahogarse en una vorágine de asuntos filosóficos y epistemológicos[36]. De hecho, los acontecimientos que son relevantes en la administración de justicia son *tranches de vie,* es decir, eventos o conjuntos de efectos que tienen que ver con la vida de la gente. Esto significa que normalmente estos pueden ser determinados a un nivel macro: incluso cuando resalten involucradas la microfísica o la genética, el objetivo final es siempre probar "un hecho de la vida de la gente". Normalmente, ellos pueden ser determinados con suficiente especificidad por referencia a la situación jurídica de los sujetos involucrados.

Hay , sin embargo, algunos aspectos de la definición de los "hechos de la causa" que vale la pena considerar con mayor detenimiento. En primer lugar, esos hechos son seleccionados y determinados de acuerdo con su *relevancia* en el caso: los hechos y las circunstancias irrelevantes, no necesitan ser tomados en cuenta al definir qué hechos deben ser probados. El estándar para evaluar la relevancia es doble: un hecho es *jurídicamente relevante* (en la jerga jurídica norteamericana: "*material")* cuando corresponde con el supuesto de hecho definido por una norma jurídica que se considera posiblemente aplicable al caso. Las reglas definen "tipos de hechos" ("*Fac-types")* y los hechos concretos son relevantes (como "*Fac-token")* cuando corresponde a estos tipos[37]. Entonces, los hechos jurídicamente relevantes son definidos como tales por referencia a la norma que es vislumbrada como estándar para tomar la decisión final: esos hechos son los *facta probanda* básicos , esto es, el objeto principal de prueba, y por lo tanto el contenido de las aserciones fácticas más importantes. Un hecho es *lógicamente relevante* cuando, no siendo en si mismo un *facta probanda* básico, puede ser usado como

una premisa, esto es, como un punto de partida, para inferencias que posiblemente lleven a una conclusión acerca de la verdad o falsedad de un enunciado relativo a un hecho principal. Un hecho lógicamente relevante merece ser probado cuando su conocimiento es útil para inferir la verdad o falsedad de ese tipo de enunciados [(38)].

Los hechos pueden ser simples, cuando un solo evento involucra a una o más personas en un momento especifico en el tiempo, o pueden tener distintos grados de complejidad, cuando, por ejemplo, varios eventos conexos involucran a varias personas, o pueden ser extremadamente complejos, cuando una serie de eventos están repartidos en el tiempo e involucran a cientos o millones de personas[(39)]. En consecuencia, algunas veces pueden ser descritos por uno o sólo unos pocos enunciados simples, y otras veces sólo pueden ser descritos mediante historias largas y complicadas. Sin embargo, así como los eventos complejos pueden ser pensados y analizados como compuestos por conjuntos de eventos singulares, las narrativas complejas están compuestas por cadenas de aserciones especificas: desde el punto de vista de la prueba, cada aserción especifica deber ser probada. Por ejemplo, si el "hecho" es una cadena causal compleja como "A - B - C - D", es necesario que se aporten elementos de prueba que puedan sustentar A,B,C,D y todas las relaciones causales que las conectan[(40)].

Los hechos pueden involucrar no sólo eventos ocurridos en la realidad material, como un accidente de tráfico, sino también artículos o estados de ánimo, como ocurre con la intención o *mens rea*, o pueden estar compuestos tanto de elementos "materiales" como " psíquicos". Estos hechos pueden dar lugar a dificultades probatorias, pero, no obstante eso, deben ser acreditados como hechos: esto significa que los enunciados que los describen también deben ser probados como verdaderos o falsos[(41)].

2.3. Story- tellers.

Un aspecto que a veces se pas por alto o se subestima en los discursos relativos a las narrativas judiciales, es que en el contexto judicial no se da solamente *una* narrativa continua. Una mirada más detenida a la administración de justicia en la perspectiva narrativa, muestra que de hecho está integrada por un número variable de "historias" relatadas por diferentes sujetos, en diferentes formas y con diferentes propósitos[(42)]. No se trata sólo de que hay varios sujetos que hablan desde puntos de vista diferentes[(43)] y desde perspectivas particulares[(44)]. En los procesos judiciales las historias son contadas por los abogados con ánimo de confrontación y se encuentran en oposición una con otras[(45)]: el contexto judicial tiene la estructura de una controversia, en la que los abogados presentan relatos alternativos y opuestos de los hechos[(46)]. Entonces, quien juzga acerca de los hechos (*trier of Fact)* debe tomar una decisión a favor de uno de los posibles relatos. Las características particulares de las "historias" que son relatadas en el contexto judicial, merecen algunos otros comentarios, especialmente desde el punto de vista de los "*story-tellers* judiciales" más importantes y característicos.

a) *Abogado:* En relación con las narraciones de los abogados, Twining pone el acento en que los mecanismos de una efectiva defensa "involucran el socavamiento del argumento racional", "incluyen técnicas par mantener al margen información relevante" "para blanquear los hechos" y para aprovechar medios de persuasión no racional"[(47)], y que todo esto se hace porque la primera tarea de un abogado es persuadir al tribunal de decidir a favor de su cliente[(48)]. En consecuencia, las narraciones de los abogados tienden a incluir una manipulación de los hechos, orientada a gana el caso[(49)]. Otros autores comparten esta visión critica y escéptica sobre la forma en que los abogados preparan y presentan sus historias y enfatizan el hecho de que esas narraciones muchas veces son engañosas

y desorientadoras[50]. Si, como parece, estas son descripciones realistas de la práctica narrativa de los abogados, surgen algunas preguntas. Se hará referencia enseguida a dos de esas preguntas, aunque con el solo fin de llamar la atención sobre ellas y sin la discusión completa que merecerían. Luego se dedicaran algunos comentarios adicionales a una tercera pregunta.

La primera pregunta, dice relación con la ética profesional de los abogados y considera si, y en qué medida, la omisión voluntaria o la distorsión de hechos relevantes por parte de ellos con el propósito de ganar el caso, es legitima y justificada. Cabe preguntarse si debiera haber una "ética de la narrativa del abogado" que prohiba a este presentar un relato de los hechos que considera falso[51]. Sin embargo, la respuesta al problema de si el abogado está o no obligado a decir la verdad al narrar los hechos, puede ser desconcertante: el estudio más reciente y autorizado sobre ética jurídica sólo tiene una breve referencia a ella, que dice que el abogado tiene esa obligación en casos civiles, pero con "importantes reservas"[52]. El mismo estudio subraya también que los "principios de ética jurídica algunas veces contradicen los principios comúnmente aceptados de moralidad cívica "[53]. Probablemente, esto es particularmente cierto respecto de la obligación de decir la verdad: la moralidad cívica está quizás a favor de que la gente diga la verdad, pero pareciera que no existe una obligación de decir la verdad –y menos de decir "toda la verdad"- cuando se trata de abogados. A lo más ellos pueden estar obligados a no usar elementos de prueba o aserciones de otras personas que saben que son falsas, pero esto no es equivalente a decir que tienen un deber ético de ser veraces.

Como ha sido señalado en forma realista "no se presume que el actor crea algo con respecto a la demanda, y menos aún que crea que es verdadera"[54]. Esto se confirma, por ejemplo, si consideramos la regla de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses. Esta regla ha sido

modificada con el propósito de reforzar el rol y la responsabilidad de los abogados, pero no contempla ninguna obligación clara y explícita respecto de la veracidad de lo que los abogados dicen: sólo están obligados a constatar que, de acuerdo a su mejor "conocimiento, formación y convicción formados después de una investigación razonable de acuerdo a las circunstancias", que "las alegaciones y demás pretensiones relativas a los hechos tienen un respaldo en los elementos de pruebas disponibles o que "probablemente tendrían un respaldo en los elementos de prueba si hubiera ocasión de proseguir la investigación"[(55)]. Esta disposición está orientada claramente a sugerir que las alegaciones sobre los hechos deben ser hechas seriamente y con buena fe, pero no requiere que sean verídicas.

En otros sistemas, se impone a los abogados una "obligación de sinceridad", que parece incluir también el deber de hacer afirmaciones verídicas[(56)]. Un ejemplo significativo lo ofrece ahora el sistema inglés, desde que la Regla 22.1 de la *Civil Procedure Rules*, dictadas en 1999, requiere que los contenidos fácticos de las pretensiones sean confirmados por una "declaración de verdad" jurada, tanto de la parte como de su abogado , bajo pena de perjurio para el caso de que se haga un juramento falso[(57)]. Una norma similar está contemplada por & 138 n. 1 del Zivilprozessordnung alemán , que dispone que las partes están obligados a ser veraces en sus afirmaciones sobre los hechos del caso[(58)]. Sin embargo, disposiciones como éstas no existen en todas partes y, por el contrario, varios sistemas no incluyen ninguna norma concerniente a la obligación de veracidad de las partes y de sus abogados. Por otro lado, es muy dudoso que pueda hacerse efectiva esa clase de exigencia de sinceridad[(59)]. Por lo tanto, parece razonable creer que generalmente -y sólo con algunas pocas y limitadas excepciones– los abogados no están obligados a decir la verdad. Menos aún están obligados a evitar distorsiones, manipulaciones o vacíos en sus descripciones de hechos.

La segunda pregunta puede ser planteada básicamente en estos términos : si las narrativas de los abogados son parciales, partidistas, manipuladas y engañosas, basadas sobre omisiones y mecanismos no racionales de persuasión, y por definición no verídicas, es difícil hacerlas calzar con la afirmación tradicional –ampliamente compartida en los sistemas de *common law*, y algo popular en sistemas de *civil law* también- de que el tribunal debe tomar su decisión solo escogiendo entre las dos historias en contienda, presentadas por las partes en un contexto de confrontación[60]. Si, como parece, ambas historias ofrecidas por los abogados de las partes son "malas historias", destinadas a engañar y desorientar a quienes juzgan sobre los hechos, con el objeto de ganar al adversario , la situación del juez , que en cualquier caso tiene que optar por una de estas dos historias , esto es -digamos-, por la "menos mala", es una situación difícil y desafortunada. Desde esta perspectiva, la situación del juez en los sistemas procesales de tradición continental es un poco menos penosa, ya que normalmente puede y debe componer su propia historia de los hechos del caso, cuando las historias contadas por ambas partes sean poco confiables.

Sea como sea, la tercera pregunta requiere algunos comentarios adicionales en relación a un par de aspectos interesantes de las historias que narran los abogados sobre los hechos del caso.

Primero que todo, debe considerarse que esas historias son construidas de distintas maneras en la diferentes tradiciones jurídicas. Los sistema procesales de *civil law* se basan en las "alegaciones de hechos". Esto significa que el primer escritor de la demandante en que se plantea la pretensión, debe incluir una descripción especifica, detallada y en lo posible completa de todos los hechos principales del caso. La ausencia de esa descripción se considera un defecto de la demanda; se admiten correcciones posteriores en forma limitada, pero la primera descripción es fundamental[61]. Más aún, de acuerdo

con la comúnmente aceptada *Substantierungstheorie*, la afirmación de los hechos principales, que representan la llamada causa, *causa petendi*, define el objeto de la pretensión. Con el fin de entregar un cuadro completo de la situación fáctica del caso, y también con el fin de fijar un marco de referencia para evaluar la admisibilidad de los elementos de prueba relevantes, normalmente también las circunstancias que "rodean" los hechos principales (es decir, los hechos lógicamente relevantes) son cuidadosamente descritas en el primer escrito. En estos sistemas, por lo tanto, el caso se inicia, desde el comienzo, con el relato del demandante, en el que se supone que los hechos son narrados en forma completa y detallada. En gran medida, las reglas son las mismas para el demandado: él puede refutar parcialmente o *in toto* la historia del demandante, pero, en cualquier caso, tiene que presentar su propio relato de los hechos relevantes, que puede ser la versión opuesta del relato del demandante o una versión completamente distinta de los hechos. Sin embargo, también la historia de la demandada tiene que estar basada en una alegación completa y detallada sobre los hechos relevantes.

Las cosas son diferentes en lo procesal, pero sustancialmente equivalentes, cuando se trata de sistemas en los que la demanda no contiene necesariamente una narración completa de los hechos (o sistema de notice pleading), como ocurre en el caso de las *Federal Rulesof Civil Procedure* de Estados Unidos. En un sistema como ese, los hechos son establecidos paso a paso, a través de la presentación de los elementos de prueba :entonces, solo al final de la etapa prejudicial, las dos partes pueden delinear el cuadro de la situación fáctica que subyace al caso(62). Por decirlo de alguna forma, el esbozo y la composición de las historias de las partes resultan más extensos, más fragmentados y más complicados que en los sistemas procesales de *civil law*. De hecho, en esos sistemas los hechos sólo son investigados y analizados por los abogados antes de empezar el caso con el fin de chequear previamente si la pretensión

puede tener sustento en una historia completa y detallada de los hechos. Si el resultado de este control previo, es negativo, probablemente seria mejor para el demandante evitar iniciar un proceso. En todo caso, incluso en los sistemas de *notice pleading* llega el momento en que se espera que ambas partes presenten sus propias historias del caso.

Esas "historias" comparten típicamente algunas características que merecen atención .

Antes que nada, *pretenden ser verdaderas.* No son simples conversaciones entre los abogados y el tribunal: cuando el abogado alega algunos hechos, implícita o explícitamente sostiene que esos hechos son verdaderos. De hecho, sería un sinsentido que el abogado invocara el hecho material en que se basa su pretensión pero, al mismo tiempo, dijera o sugiriera que la afirmación relativa a ese hecho es falsa. Lo mismo ocurriría si llamo a mi esposa y le digo que mi vuelo desde Nueva York esta con cinco horas de atraso, pero al mismo tiempo le digo que eso es falso, seguramente mi esposa se preguntará cuantos gins con tónica he bebido

Entonces, una "pretensión de verdad" es típica de las narraciones de los abogados, así cómo de muchos otros relatos, independientemente de si ellas son efectivamente verdaderas o falsas. Pero como, respecto de una enunciación, una pretensión de verdad no es equivalente a ser verdadera , la historia de un abogado acerca de un hecho material no es nada más que una *historia hipotética* relativa a ese hecho. Está hipótesis se presenta "como verdadera", pero todavía no es más que una hipótesis: si es verdadera o falsa se determinará mas adelante, en el curso del procedimiento y en la sentencia final. En términos de la teoría de los actos de habla, esas narraciones pertenecen a la categoría de los actos ilocucionarios, con un objetivo ilocucionario asertivo. En efecto, ellas son aserciones, es decir, enunciados que pretenden afirmar una proposición verídica describiendo un hecho "con una dirección de ajuste

palabra- mundo"[63]. En tal caso de las historias contadas por las partes, hay otros dos aspectos importantes respecto de la función que cumplen: uno está conectado con el hecho de que el propósito del abogado es ganar el caso y, por lo tanto, la historia que cuenta está construida con el fin de persuadir a quien juzga los hechos de que su cliente merecer ganar[64]. Desde esta perspectiva, la narración del abogado tiene también otro objetivo ilocucionario, que es directivo, dirigido a sustentar una petición que puede ser concedida o negada[65]. El otro aspecto, no considerado por la teoría del *story-telling*, pero jurídicamente relevante, está relacionado con la carga de la prueba. En realidad, el abogado no cuenta su historia hipotética de los hechos del caso sólo con el fin de informar al tribunal y las otras partes. Cuando presenta la historia, el abogado toma sobre sus hombros la carga de las pruebas en relación a esos hechos a menos que existan presunciones legales aplicables al caso, y a menos que el tribunal establezca una distribución diferente de las cargas probatorias entre las partes, el principio básico es que él *onus probando incumbit ei qui dicit:* quien afirma que un hecho es verdadero tiene la carga de probar la verdad de sus afirmaciones. Esto es generalmente válido en muchas áreas de la experiencia: en el contexto judicial significa que, para ganar un caso, es necesario que se satisfaga la carga de la prueba que fue asumida al alegar los hechos[66].

b) *Testigos.* En cierto sentido, un testigo es típicamente un *story-teller*. Es una persona que se supone que tiene conocimiento de algunos hechos del caso y de la que se espera que "relate la historia" de los hechos que conoce. Un testigo puede cumplir con su función narrativa de diferentes maneras: algunas veces se le pide narrar lo que sabe en forma ininterrumpida; más frecuentemente es interrogado -por los abogados de las partes o por el tribunal, o por ambos, dependiendo de las reglas sobre formación de esa clase de prueba- por medio de una o más series de preguntas específicas. En este caso, la historia del testigo

va apareciendo a través del transcurso de las pruebas que da. No existe un texto espontáneo y continuo: la historia está fragmentada y el testigo normalmente entrega pequeñas piezas dispersas de un mosaico [(67)] que deben ser combinadas en un diseño general. Frecuentemente, el hecho es descrito en la pregunta, y la respuesta del testigo es simplemente "sí" o "no". Más aún, la estructura de este tipo de diálogo puede ser diferente: en la mayor parte de los sistemas de *civil law* el examinador es el juez, quien normalmente hace a los testigos preguntas sobre los hechos que fueron previamente señalados por las partes; en sistemas que adoptan la técnica del interrogatorio directo y el contrainterrogatorio, quienes interrogan son los abogados y la interrogación puede estar estructurada en dos o más etapas, en las cuales hacen sus preguntas en las secuencias que consideran más eficiente con el fin de obtener el testimonio. No obstante estas formas dialógica e interactiva de interrogación y de la variedad de formas en que esta puede ser conducida, puede asumirse que la historia es contada por el testigo y que esa historia puede ser reconstruida a partir del registro de la interrogación del testigo.

La historia que es contada por un testigo, tiene dos aspectos relevantes que vale la pena destacar aquí. Tiene una *fuerte pretensión de veracidad*, mucho más fuerte que la pretensión de veracidad que -como hemos visto más arriba- es característica de las historias de los abogados. Mientras que el abogado no está bajo una real obligación de decir la verdad, el testigo sí tiene esa obligación: jura decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad, y el perjurio es penado por el derecho criminal. Esto no significa, por supuesto, que los testigos nunca mientan, pero significa que hay por lo menos una pretensión *prima facie* a favor de la veracidad de sus narraciones. Hay, sin embargo, un aspecto que puede resultar desconcertante, al menos en algunos sistemas. En los sistemas procesales de *civil law*, los testigos son normalmente nombrados por las partes; sólo algunas veces el tribunal tiene la facultad de llamar testigos

de oficio[68]. En ambos casos, sin embargo, se espera que el testigo sea imparcial, porque su papel es contar *al tribunal* una historia confiable acerca de los hechos que se supone que conoce. El testigo no está orientado hacia la parte, y la historia que cuenta se supone que es la "verdadera" historia de los hechos. En el sistema estadounidense, los testigos también son presentados por las partes (porque los tribunales rara vez usan la facultad que les entrega la Regla 614 (a) de las *Federal Rules of Evidence*), pero están básicamente orientados a la parte, habiendo sido recogidos y previamente instruidos y preparados por "su" parte. Se espera de ellos, entonces -y es lo que requiere su juramento- que digan la verdad que fundamenta la posición de "su" parte en el caso. Si no lo hacen, se transforman en testigos "adversos" y son examinados como tales; pero incluso en este caso, no se supone que sean neutrales e imparciales: siempre se asume que están orientados hacia la parte, en una forma positiva o negativa, y no hacia el tribunal. Puede haber una difícil tensión entre la obligación de decir la verdad y la inclinación de contar la historia que es preferida por la parte que presenta al testigo.

Por otro lado -y este es el segundo aspecto relevante- normalmente la interrogación de un testigo incluye preguntas que están específicamente dirigidas a confirmar y confrontar su credibilidad. Sucede en los sistemas de tradición continental, ya que el juez, y también en alguna medida las partes, pueden hacer preguntas acerca de la credibilidad del testigo como persona y de la confiabilidad de su recuerdo y su narración de los hechos. Sucede -probablemente en una forma más efectiva- en los sistemas de *common law* ya que la contrainterrogación está típicamente dirigida a atacar y posiblemente a destruir la credibilidad del testigo y la confiabilidad de las respuestas que da durante el interrogatorio. En este sentido, uno bien puede entender el muy conocido *dictum* de Wigmore según el cual las contrainterrogación "es, más allá de toda duda, el mejor motor jurídico que se haya inventado para descubrir la verdad"[69]. Por supuesto, aquí estamos considerando lo que podría ser definido

como el funcionamiento "fisiológicos" de la contrainterrogación; una pregunta completamente distinta surge cuando los abogados abusan de este mecanismo con el fin de esconder o distorsionar la verdad y tratan de destruir al testigo independientemente de que haya o no dicho la verdad[70].

Este es exactamente el punto: la interrogación de un testigo es -o debe ser- realizada precisamente con el fin de investigar la verdad sobre lo que el testigo conoce acerca de los hechos del caso. No se espera que el testigo cuente una historia cualquiera para el entretenimiento del tribunal, de los abogados o del público. Se espera -y se le obliga- a presentar una narración verdadera de los hechos del caso. Esta narración, al estar compuesta de enunciados que describen hechos, también pertenece a la categoría de actos ilocucionarios asertivos y tienen la función de entregar a quien juzgar los hechos una información verdadera y confiable.

c) Quien juzga los hechos (*trier of fact*). Quien juzgar los hechos es el narrador final y por eso el más importante. Al término del procedimiento, se enfrenta con un grupo de historias que, han sido relatadas por los abogados y por los testigos: esas historias están normalmente en conflicto y competencia, o pueden ser simplemente diferentes y presentar varias narraciones de los hechos involucrados. La función principal de quien juzga los hechos es determinar cuál de todas es la "mejor" narrativa de los hechos en términos relativos, ya sea escogiendo una historia entre aquellas que fueron ya contadas o construyendo su propia historia si está autorizado para hacerlo y no está satisfecho con ninguna de las historias contadas por las partes. La narración que es presentada por quién juzga los hechos al final del juicio, en su decisión final, tiene al menos tres características relevantes: a) también es un acto ilocucionario asertivo, pues está compuesto por un conjunto de enunciados que describen hechos; b) es neutral y *supra* partes: el juez no tiene un propósito particular que alcanzar, excepto aquél de entregar una decisión cuidada

y justa. No tiene un interés personal específico que avanzar ni personas a quien proteger o apoyar. No debe ser parcial a favor o en contra de nadie: se requiere que sea independiente e imparcial. Su perspectiva típica es, dicho en términos de Norbert Elias, aquélla del *desapego*: su historia es y debe ser "*desapegada*" de la disputa de las partes sobre los hechos del caso[71]. La función de su historia es solamente establecer que se ha determinado que ciertos hechos han sido confirmados en forma "objetiva"; c) por último, esa historia es *verdadera*, no solamente en el sentido de que tiene la pretensión de veracidad, sino porque es verdadera sobre la base del fundamento ofrecido por los elementos de prueba aportados y valorados. En un contexto judicial, una aserción relativa a un hecho es verdadera en la medida que ha sido confirmada por pruebas: "verdadera" es equivalente a "probada"[72]. Entonces, la narración final creada por quién juzga los hechos es verdadera si ha sido probada como verdadera.

Sin embargo, hay que hacer una distinción entre el caso en que los hechos son juzgados por un jurado y el caso en que -como sucede en los sistemas de *civil law* y en Inglaterra- quién juzga los hechos es un juez (o un tribunal colegiado). Gran parte del discurso sobre *story-telling* se ha construido con referencia a jurados[73], pero -irónicamente- los jurados en realidad no narran historias en absoluto: un veredicto no está nunca acompañado o sustentado por una motivación o ninguna otra manifestación escrita u oral que explique o justifique la decisión dada sobre los hechos de qué se trata. Por lo tanto, a lo más, podemos *adivinar* qué historias de los hechos construyeron los jurados en sus mentes y discutieron en el secreto de la sala del jurado, pero en realidad no podemos aprender nada acerca de dichas historias. De hecho, debemos trabajar con imaginación, o algo más. Esa imaginación puede estar más o menos sustentada por alguna prueba indirecta o diferencial, pero no podemos leer o escuchar las historias de los jurados, y nunca

sabremos directamente cómo un miembro del jurado o el total del jurado construyó una o más narraciones sobre los hechos del caso. En consecuencia, nunca sabremos si el jurado escogió una de las historias contadas por los abogados de las partes o elaboró una reconstrucción autónoma y original de los hechos del caso.

Las cosas son muy distintas en el caso de los jueces continentales. Ellos tienen la obligación legal, frecuentemente reforzada por disposiciones constitucionales, de ofrecer una motivación en la que la decisión sobre la *quaestio iuris* tiene que estar sustentada por argumentos jurídicos adecuados y las conclusiones sobre los hechos deben estar lógicamente fundadas en las pruebas relevantes presentadas en el curso del procedimiento. Hay, por lo tanto, una narración de los hechos del caso, que representa la manera en que son establecidos por el tribunal. Esta narración puede ser equivalente en parte o *in toto* a la narración presentada por una de las partes, en la medida que esa parte haya sido exitosa en probar "sus" hechos. Pero cuando el tribunal considera que ninguna de las historias ofrecidas por las partes ha sido sustentada por pruebas adecuadas, articulará una historia diferente basada en una reconstrucción autónoma y original de los hechos del caso, que tendrá que estar fundada en las pruebas que el tribunal ha tomado en consideración. Si las pruebas disponibles no son suficientes a la luz del estándar que la ley exige para una decisión "positiva" sobre los hechos, el tribunal va a contar una historia "negativa", diciendo que los hechos relevantes del caso no fueron establecidos y que, en consecuencia, las afirmaciones relativas a esos hechos no pueden ser tomadas como verdaderas. En cualquier caso, en esos sistemas hay efectivamente un relato de los hechos contado por el tribunal: este relato puede ser analizado, criticado y comparado con las otras narraciones que fueron dictadas en el contexto judicial.

3. Construyendo narraciones.

Un relato de hechos no es nunca, especialmente en los procedimientos judiciales, algo que se encuentre ya preparado o que caiga del cielo sobre el escritorio del abogado o en el estrado del juez. Sucede exactamente lo contrario: los relatos son *construidos* por sus autores, generalmente por medio de complejas y sofisticadas actividades creativas. Esta *construcción* no es solamente una descripción pasiva o abstracta y neutral de los hechos: como se ha dicho, las historias *construyen* los hechos que son narrados [(74)]. En algún sentido, por lo tanto, la construcción de una historia por su autor es también la construcción de los hechos que el autor narra: el autor, en otras palabras, constituye *su versión* de los hechos. Al construir su historia, en verdad el autor *"da forma a la realidad"*[(75)]. Por estas razones, puede ser interesante considerar al menos algunos de los aspectos más importantes de la construcción de relatos, tomando prestados algunos conceptos generales de la teoría narrativa, pero dirigiendo la atención a la construcción de narrativas judiciales. Desde esta perspectiva pueden distinguirse algunas "modalidades de construcción", aunque ellas se combinan e interfieren unas con otras en la creación de cualquier narrativa de hechos.

a) *Construcción de categorías.* Como lo enfatizan Amsterdam y Bruner, las categorías son "omnipresente e ineludibles en el uso de la mente humana"[(76)], por cuanto son el principal mecanismo que las personas emplean al interpretar y organizar la realidad, asignando un sentido y ubicando sucesos en un contexto particular de ideas[(77)], y -por lo tanto- al construir narrativas. Existen muchas categorías: cambian de acuerdo al tiempo y el espacio y nunca están fijas en su forma y contenido[(78)]; más aún, cada persona tiene sus propias categorías de acuerdo a su propia cultura[(79)]. Como la construcción de narrativas se basa en la *categorización*, la consecuencia obvia es que cuando se usan diferentes

categorías o cuando una categoría se usa en diferentes versiones o sentidos, se construyen diferentes narrativas. No hay necesidad de desarrollar aquí un análisis acabado del uso de categorías[80]: unos pocos ejemplos pueden ser suficientes para mostrar cómo las narrativas pueden variar cuando se usan diferentes categorías.

Incluso confiando en el concepto más común de *tiempo*, y sin caer en las complejidades filosóficas acerca de la idea de tiempo o incluso en las ideas más sofisticadas de espacio-tiempo, está claro que una categorización distinta de tiempo crea diferencias significativas en la construcción de narrativas. Una cosa es decir, por ejemplo, que el suceso S2 ocurrió un segundo o uno o cinco minutos después del suceso S1, y otra completamente diferente es decir que S2 ocurrió seis meses,1 año o 10 años después de S1. Éstas serían historias completamente distintas en relación a S1 y S2. De manera similar, una cosa es decir que S1 y S2 ocurrieron en el mismo lugar, pero sería otra cosa decir que S2 ocurrió a 1 m,1 milla o a 10.000 millas de S1. Una vez más, la variación de las distancias lleva a contar historias completamente diferentes.

Otro ejemplo interesante que se da frecuentemente en los contextos judiciales, es aquel de la *causalidad*. La causalidad es una de las categorías que se usa con más frecuencia en el derecho[81] así como en otras áreas de la experiencia y hace muchos siglos es objeto de debates filosóficos y científicos, los que naturalmente no pueden ser discutidos aquí. Desde la perspectiva de la construcción de narrativas, es probablemente más interesante considerar la causalidad como un "modelo mental"[82] o como un "modelo cognitivo idealizado"[83], esto es: como un marco psicológico que se usa comúnmente con el fin de dar forma a las conexiones entre los hechos. Con todo: si decimos que una acción realizada por A provocó un daño físico a B, estamos hablando en términos de una causalidad directa y específica, porque estamos describiendo dos eventos particulares e individuales respecto de los cuales estamos diciendo que uno es la causa

real, concreta e inmediata del otro[84]. Pero si decimos que el evento E1 puede aumentar en cierta medida la probabilidad de eventos de tipo E2 en una población determinada, estamos hablando en términos de la llamada causalidad general, que es concepto completamente distinto de causalidad y que –a lo más- puede ser expresado en términos de la probabilidad de E2 si ocurre E1[85].

Las dos historias son muy distintas: la primera está correctamente fundada en la categoría de la causalidad, entendida como la conexión directa entre dos eventos, mientras que la última debiera ser más propiamente narrada en términos de probabilidad estadística. Contar esta última historia en términos de causalidad específica, sería erróneo y engañoso, porque sugeriría la idea de una fuerte conexión única que realmente no existe; contar la primera historia en términos de probabilidad también sería engañoso porque sugeriría que hay solo una conexión probable en vez de una causalidad directa. Aún más, si eventos del tipo E1 y del tipo E2 ocurrieran en una población determinada, pero no se descubriera ninguna relación ulterior entre ellos, significaría que la conexión entre ellos no puede ser descrita ni en términos de probabilidad, ni –mucho menos- en términos de causalidad [86] esa descripción distorsionaría el significado de la información que provee la ciencia y, por lo tanto, sería falsa.

Si uno combina todas las variedades posibles de tiempo, espacio, causalidad y conexiones no causales, el resultado claro es que existe un gran número de narrativas posibles para describir la ocurrencia combinada de E1 y E2; algunas de ellas pueden ser más coherentes y plausibles que las otras; algunas de ellas pueden ser ciertas, algunas falsas. En todo caso, el diferente uso de categorías no puede sino producir diferentes historias.

b) *Construcción lingüística, semántica y lógica.* Obviamente, la calidad de la narración depende del uso correcto del lenguaje en que ésta se relate: una historia mal escrita, salpicada de errores de gramática y sintaxis, puede incluso ser imposible de entender. Igualmente obvio es el requisito de corrupción semántica: usar las palabras en su sentido correcto y propio y evitar el cambio de sentido del mismo término durante el curso de la narración son reglas elementales que no requiere mayor análisis. Lo mismo puede decirse de las reglas de la coherencia lógica, como aquellas de acuerdo a las cuales el narrador debe evitar contradicciones, salto en la línea argumental y en la descripción de los eventos conexos, como también el uso de inferencias injustificables. Si consideramos un texto de literatura experimental, puede que algunas o todas estas reglas sean dejadas de lado, pero ellas deben ser seguidas en un texto que pretende ser la narración descriptiva de un evento o un conjunto de eventos.

Hay, sin embargo, un aspecto de la construcción lingüística y semántica que requeriría algunos comentarios adicionales. Twining destaca cómo las historias generalmente disuelven la distinción entre hecho y valor[87], pero éste es un asunto especialmente importante en relación a la construcción de las narrativas judiciales. De acuerdo con la *gran distinción* de Hume, los enunciados que describen hechos deben ser cuidadosamente separados de los juicios de valor y ninguno puede ser derivado del otro. Esa distinción es ineludible, no sólo por razones filosóficas, aunque puede ser difícil de aplicar en la práctica porque el derecho frecuentemente define los supuestos de hecho a través de términos valorativos[88] y porque frecuentemente la gente común no entiende la diferencia entre hecho y valor. No obstante, siempre tiene que tomarse en consideración que los enunciados descriptivos son *apofánticos*, esto es, verdaderos o falsos: por lo tanto, ellos pueden ser probados ya sea como verdaderos o falsos.

Los enunciados que expresan juicios de valor *no son apofánticos*: ellos pueden ser fundamentados y justificados, o criticados y rechazados, pero no puede ser probada su verdad o falsedad. En términos jurídicos y judiciales, esto significa que sólo los enunciados que describen hechos, es decir, sólo las partes fácticas de una narración, pueden ser probadas o no probadas, mientras que las afirmaciones de valor, es decir, los aspectos valorativos de una historia, no pueden ser probados o no probadas. Por ejemplo: una cosa es afirmar que la velocidad de un auto era "excesiva" y una cosa diferente es afirmar que esta "excedió el límite de 65 mph". La última afirmación es "fáctica" y puede ser verificada objetivamente (por un velocímetro), mientras que la primera afirmación expresa una evaluación puramente subjetiva que puede ser compartida posiblemente por varias personas pero que no puede ser objetivamente probada. La última afirmación es materia de prueba: la primera es un asunto de apreciación[89].

En la medida que una narración pretende ser verdadera, merece ser tomada como verdadera o tiene que ser considerada como verdadera porque está respaldada por pruebas suficientes, la diferencia entre enunciados descriptivos y enunciados valorativos se da obviamente por supuesta. Esa diferencia es importante, en contextos judiciales, desde muchos puntos de vista: basta con decir que normalmente un testigo común (es decir, un testigo no experto) no puede expresar su propia valoración personal sobre los hechos que están narrando. En términos más generales, la relevancia de los elementos de prueba es establecida sobre la base de su capacidad de entregar información que confirma la verdad o falsedad de una afirmación, lo que implica que la prueba debe ser referida a los hechos, no a las valoraciones.

En consecuencia, contar una historia en términos valorativos en lugar de hacerlo en términos prácticos significa contar una historia diferente: una historia que no puede ser objeto de prueba.

c) *Construcción social o institucional.* Incluso si uno no comparte en toda su extensión el ataque crítico de Ian Hacking contra la pretendida "construcción social" de todo [(90)], tiene que reconocer que, en diversas situaciones, tanto en la vida diaria como en contextos judiciales, nos manejamos con hechos materiales. Un accidente de tránsito, lesión o la muerte de una persona, son hechos materiales "brutos" antes y además de ser los fundamentos jurídicos para una demanda de indemnización de perjuicios y antes y además de ser "construidos" en alguna otra forma[(91)]. Sin embargo, en muchos casos los hechos de la experiencia cotidiana, y particularmente los hechos involucrados en el proceso judicial, son "institucionales" o "socialmente construido"[(92)] aunque están frecuentemente basado sobre algunos hechos "brutos" que preceden lógicamente a su calificación institucional[(93)]. En el conocido ejemplo de Searle, un pedazo de papel con impresiones verdes es un billete de $ 100 no por su realidad material, sino por las convenciones sociales, legales, institucionales y organizacionales en virtud de las cuales "cuenta como" un billete de $100[(94)]. Los mismos comentarios pueden hacerse acerca de muchos "hechos" que son relevantes en casos judiciales: por ejemplo, si pensamos en la transferencia de los llamados "productos financieros", o en transacciones virtuales en comercio internacional, estamos pensando en "hechos" que pueden tener relevancia jurídica -y por lo tanto, deben ser establecidos en el tribunal- pero que tienen una base empírica muy frágil, si tienen alguna. En esas situaciones, describir y narrar un hecho necesariamente requiere determinar también las dimensiones sociales e institucionales del hecho, incluso yendo más allá de su materialidad empírica.

d) *Construcción cultural.* En un sentido general, la construcción de narraciones siempre es "cultural" en sí misma: las categorías, el lenguaje y las construcciones sociales son parte de la cultura de cada *story-teller.* Hay, sin embargo, un sentido más específico en el cual la construcción de

narrativas es cultural: esto sucede porque cualquier narrativas se sustenta en una cultura y es creada por medio de una cultura, comprendida como un conocimiento del mundo. El concepto de coherencia narrativa puede ser definido, entonces, en términos de correspondencia de la historia relatada con los modelos de narraciones que existen dentro del "stock de conocimiento" que representa los contenidos de esa cultura(95). Como Twining subraya, los relatos hacen una referencia permanente al "stock de conocimiento" que proporciona el antecedente cultural de cada *story-teller*(96) en algún sentido, ese "stock de conocimiento" puede ser comprendido como un equivalente al "sentido común" o a la "cultura general"(27). En todo caso, es un "conjunto de cosas" extremadamente vago, indeterminado, variable e incierto. Es claramente imposible definirlo, básicamente por la vaguedad y variedad de su contenido; sin embargo, algunos aspectos de los "conocimientos" incluidos en el "stock" merecen algunos comentarios adicionales.

Primero que todo, uno debe enfatizar que dentro del cúmulo dispar de esos "conocimientos" hay muchas cosas que no son conocimiento en absoluto. De acuerdo con Twining, ese "stock" es una suma de "aglomeraciones de creencias mal definidas que típicamente consisten en un complejo potaje de información, modelos sofisticados, memorias anecdóticas, impresiones, relatos, mitos, proverbios, deseos, estereotipos, especulaciones y prejuicios, más o menos fundados"(98). No consiste en "proposiciones individuales, empíricamente probadas y ya articuladas"(99).

Dentro de este "potaje", algunos ingredientes merecen una atención especial. Primero que todo: los *prejuicios*. El sentido común está lleno de prejuicios de género, raciales, religiosos, étnicos e incluso profesionales que, además, de acuerdo a Schauer, son creencias infundadas respecto de una persona, normalmente basada en generalizaciones estadísticamente febles(100). Ellas pueden afectar profundamente la construcción de

narrativas y son particularmente peligrosas porque pueden ser efectivas en hacer la historia especialmente coherente y creíble para aquellos que comparten los mismos prejuicios. De esta manera los hechos pueden ser distorsionados y manipulados sustancialmente, pero la historia relatada puede sonar muy persuasiva para una audiencia similarmente prejuiciada(101).

El "potaje" también está hecho de libretos (*scripts*). Éstos "encarnan las expectativas y las prácticas corrientes en una cultura: ellos capturan las formas corrientes en que la gente vive y se espera que viva su vida cotidiana"(102). "Mucho de nuestro conocimiento básico de la cultura está organizado en términos de esos libretos": ellos están frecuentemente ocultos en las narraciones y son "normalmente tácitos en lugar de explícitos"(103). Los libretos, por lo tanto, encarnan las ideas de la "normalidad" existente en una determinada cultura: se usan para articular los hechos de acuerdo a secuencias normales de sucesos o comportamientos. Una vez más, se trata de un mecanismo que puede ser muy efectivo en la manipulación de los hechos: los hechos no son narrados "como ellos ocurrieron": ellos son "reducidos a la normalidad" porque de esa forma pueden sonar más familiares para un público que comparte las mismas ideas sobre lo que es normal y *anormal*. Esto no significa solamente que los sucesos sean encuadrados en una especie de tramas de determinada; ellos también son interpretados de acuerdo a un modelo predeterminado, y -como la referencia a la normalidad es prescriptiva más que descriptiva-(104) tienen el efecto de transmitir una suerte de juicio moral: lo que es presentado como normal es bueno, y lo que es presentado como anormal es malo. En consecuencia, no se trata de un mecanismo para informar a la audiencia sobre la verdad de algo, sino de un mecanismo para condicionar las reacciones de la audiencia.

Otros ingredientes importantes son los *estereotipos* y los *perfiles*(105). Según Schauer, los estereotipos y perfiles usualmente se refieren a

personas, como la "esposa leal" y el "marido infiel", "el policía corrupto", el "chofer negro"[106] y el "violador afroamericano", el "asiático" y el "traficante de drogas latinoamericano"[107], el "terrorista islámico"[108], etcétera. Los estereotipos y los perfiles están normalmente basados en generalizaciones burdas y por lo tanto tienen múltiples defectos. Algunas veces, las generalizaciones en que se fundan los estereotipos y perfiles están justificadas, y por lo tanto pueden ser útiles -al menos en alguna medida- para orientar decisiones y juicios[109]. De la misma forma, esos estereotipos y perfiles pueden ser usados apropiadamente en la construcción de narrativas. En muchos casos, sin embargo, y quizás en la mayoría de los casos -especialmente aquellos que involucran raza, género y orientación sexual-, los estereotipos están típicamente basados en generalizaciones estadísticas infundadas[110], y por lo tanto no reflejan ninguna realidad específica. En realidad, no están destinados a dar una imagen precisa de personas particulares: son usados como medios para subsumir personas o comportamientos específicos bajo "tipos" bien conocidos, esto es, como un mecanismo que reduce la especificidad de tales personas o comportamientos, con el fin de simplificar la comprensión y la descripción de la realidad. En realidad, usar los estereotipos es sólo una forma de aplicar una especie de lecho de Procusto, esto es, de estirar a las personas bajas y cortarle las piernas a las altas de manera de hacerlas calzar en un largo determinado[111]. Cuando esto sucede, quien presenta los hechos incurre en la *falacia narrativa*, porque distorsiona los hechos para forzarlos a calzar dentro de una estructura narrativa culturalmente familiar[112]. No es sorprendente que incluso la palabra "estereotipos" tenga una connotación negativa[113]. Por lo tanto, en la medida que una narración se base en estereotipos, probablemente no podrá ser tomada como la descripción fiel de hechos reales: ella tiende a transformarse en una suerte de idealización en que caracteres típicos actúan en las formas típicas, como ocurre en la *commedia dell'arte* italiana.

Quizás los ingredientes más importantes y más desconcertantes del "potaje" son las *generalizaciones de sentido común*. Ellas son necesarias en cada etapa del razonamiento sobre la prueba y los hechos, ya que en la mayoría de los casos son las premisas para las inferencias que conectan la información y los hechos. Como dice David Schum, ellas son el "pegamento" del razonamiento inductivo[(114)]. El problema es que el estatus epistémico de esas generalizaciones, es usualmente vago e indeterminado: en realidad, pueden ser racionales e irracionales, buenas y malas, dependiendo de si tienen o no un sólido fundamento epistémico[(115)]. En algunos pocos casos, son una especie de vulgarización de las leyes científicas o de generalizaciones "verdaderas" que provienen de las ciencias: en esos casos -asumiendo que la traducción de la ciencia al sentido común no alteró o distorsionó el conocimiento científico original- son universales[(116)] y pueden tener un grado significativo de confiabilidad; el caso típico, sin embargo, es aquel de las generalizaciones que no son universales[(117)]. Las generalizaciones no universales pueden tener una base estadística adecuada, y en ese caso, pueden ser significativamente confiables: en la mayoría de los casos, sin embargo, no tienen fundamentos estadísticos confiables y están fundadas solamente en el sentido común. En otras palabras, son "generalizaciones espurias"[(118)]: esto significa que son infundadas, que sus sentir es vago, generalidad dudosa y que pueden ser contradichas por otras generalizaciones de sentido común o por una serie de circunstancias específicas[(119)].

En algunas áreas de la cultura jurídica europea (especialmente en Alemania e Italia y en alguna medida en España), existe una tendencia a articular una noción de generalización de sentido común -con el objetivo de adscribirle un estatus epistémico menos vago- haciendo referencia a la "experiencia" que debe servirle de sustento. Originalmente, este concepto fue definido por Friedrich Stein (un destacado académico alemán en el área del derecho procesal civil) en un pequeño libro

publicado en 1893 dedicado al conocimiento personal del juez[120]. La principal idea de que era que la experiencia podría llevar a la formulación de "máxima" (llamadas *Verhandlungsmaximen*) obtenidas por inducción a partir de un gran número de casos particulares, y dotadas entonces de cierta generalidad. Esas generalizaciones serían "reales" y basadas en la experiencia en lugar de basadas en la ciencia y la lógica. No obstante su debilidad teórica[121], el concepto de "máximas de la experiencia" de Stein todavía es bastante popular. Sin embargo, esa idea es más engañosa que útil: transmite la impresión de que una inferencia basada en una "máxima" es productivamente válida porque es derivada de una premisa general aunque en verdad la mayor parte de las máximas no son generales. Esa impresión se basa en una confusión entre generalidad y generalización, en un contexto en que las generalizaciones son usualmente infundadas. En realidad, nadie sabe la experiencia de quién, por cuánto tiempo, de qué, de cuántos casos, recogida por quien, según qué parámetros es necesaria para poder firmar que ha surgido una máxima[122]. De hecho, muchas máximas no están basadas en experiencias reales sino en prejuicios, libretos y estereotipos, y por lo tanto los mismos problemas ya señalados a propósito de ellos, surgen también en el uso de las máximas.

Finalmente, otro ingrediente que es usado frecuentemente consiste en *cuantificaciones estadísticas o probabilísticas* infundadas o no verificables. Cuando las estadísticas se usan correctamente y las probabilidades (bayesianas o no bayesianas) están bien calculadas[123] no se presentan grandes problemas y los hechos pueden ser establecidos por medio de inferencias válidas. Los problemas surgen cuando el agente, quizás en un esfuerzo por aparecer "científico", habla en términos de frecuencias y probabilidades, dando valores numéricos y porcentajes a todo, en una variedad de situaciones en que no hay disponibles cuantificaciones numéricas y frecuencias estadísticas confiables. Es bien conocido,

especialmente después del análisis fundamental de Nisbett y Ross[124], que los seres humanos son normalmente incapaces de cuantificar sus experiencias correctamente: las probabilidades erróneas y las frecuencias inventadas están entre las fuentes más importantes y frecuentes de falacias heurísticas en el discurso común cotidiano. El mismo error se comete cuando una "máxima de experiencia" es presentada en términos estadísticos o probabilístico[125] (quizás vagamente, como "la mayoría de la gente hace esto y esto") sin ningún sustento para dicha cuantificación.

Por lo tanto, como destaca Twining, las generalizaciones de sentido común son necesarias, pero peligrosas[126]. Una vez más, sin embargo, puede ser más o menos peligrosas o no serlo en absoluto, dependiendo del tipo de narración y de la forma en que sean usadas. En una novela histórica uno puede referirse a la experiencia (de la gente que vivía en otra época) de que el sol rota alrededor de la tierra, pero sería más bien extraño referirse a la misma experiencia en una narración judicial actual. Los signos de brujería pueden ser descritos en una novela medieval, pero sería inusual hablar de ellos en una narración judicial moderna: la calificación de "moderna" es necesaria porque por muchos siglos, y en Estados Unidos al menos hasta 1693 con los juicios a las brujas de Salem, las narrativas judiciales estaban llenas de brujas, es decir, de personajes creados por la cultura de aquellos tiempos[127].

En contextos judiciales, el peligro inherente en el uso de generalizaciones de sentido común, debe ser contrarrestado en la mayor medida posible. Por ejemplo, ellas no deben ser invocadas cuando son contradichas por la ciencia, por evidencia empírica específica o por pruebas disponibles en el caso concreto. Adicionalmente, una máxima de la experiencia tampoco debiera ser invocadas cuando -como normalmente sucede- se contradice con otras máximas, o cuando no casa bien con los hechos particulares de que se trate. En general, además,

las narrativas basadas en generalizaciones de sentido común deben estar "ancladas" en el terreno relativamente sólido del mejor conocimiento disponible en la cultura social a la que se hace referencia[128].

En suma, el "stock de conocimiento" que representa la base ineludible de la construcción cultural de narrativas, tiene al menos tres aspectos que sugieren el uso de un cuidado extremo y preciso en la construcción y en la evaluación de las narrativas. Por supuesto ese cuidado se requiere en tanto suponemos que las narrativas judiciales deben estar dirigidas a describir sucesos reales: no se necesita ningún cuidado -por supuesto- y todo los comentarios anteriores sobre construcción de narraciones serían insignificantes, si estamos pensando en relatos literarios.

El primero de estos aspectos, es que -como se dijo más arriba- gran parte del "conocimiento" incluido el "stock", no es conocimiento en absoluto, a menos que se convenga en que los mitos, prejuicios y generalizaciones infundadas merecen ser consideradas "conocimiento". Tomar cualquier cosa que proviene del sentido común como una base narrativa válida puede ser útil para construir una ficción plausible, pero es un método difícilmente confiable para crear narrativas judiciales. La credibilidad de esas narraciones recae en su referencia al conocimiento válido. Por supuesto, un relativista epistémico podría señalar que un conocimiento es válido sólo dentro de un determinado contexto cultural, pero la respuesta podría ser que, entonces, se trata de escoger el contexto cultural correcto. Si escogemos un contexto cultural en el que la brujería existe, es posible que luego nos encontremos lejos de la cultura occidental moderna, sobre todo si acabemos quemando brujas sobre la base de una decisión judicial.

El segundo aspecto relevante es que ese "stock" está lejos de ser un conjunto de conocimientos claros, bien ordenados y coherentes. Precisamente lo contrario: en ese "potaje" hay un número infinito de cosas

que se contradicen entre ellas. Proverbios, mitos, y otras, nunca forman un conjunto coherente. En la inmensa bodega del conocimiento popular, uno puede encontrar lo que uno quiera. Esto significa que, del mismo stock, pueden ser sacados diferentes materiales para la construcción de un número indeterminado de historias diferentes e incluso contradictorias sobre los mismos hechos. Mucha de la indeterminación del stock proviene de sus cambios frecuentes, profundos y más o menos veloces a lo largo del tiempo. Probablemente, poca gente comparte en la actualidad la creencia, que alguna vez fue común, sobre la forma plana de la Tierra o sobre la existencia y los hábitos de las brujas. Por suerte el estereotipo de los italianos comiendo sólo pasta y pizza mientras cantan y tocan la mandolina, está desapareciendo, al igual que el del chino bajo vendiendo corbatas en las calles. Incluso estereotipos que alguna vez fueron poderosos, como "Bush el Gran Comandante" o "Berlusconi el Gran Líder", están siendo rápidamente borrados del paisaje político. Por otro lado, nuevos ingredientes del potaje cultural están entrando: basta con pensar en la Internet, la comida china, los celulares y otros(129).

El tercer aspecto significativo es que pensar, incluso por un solo momento, en *un* stock de conocimiento, es una abstracción absoluta. Desde siempre han existido muchas culturas diferentes y cada una tenía y todavía tiene su propio "stock" de conocimiento. Es cierto que en la "sociedad horizontal"(130) operan fuerzas poderosas que crean capas de una cultura más bien uniforme, pero también es cierto que muchas sociedades modernas son multiétnicas y por lo tanto multiculturales. Las diferentes culturas están vivas en el mismo lugar y al mismo momento, y cada una de ellas tiene sus propios valores, los propias reglas, sus propios estereotipos, mitos y formas de conocimiento. En lugares como Londres o Nueva York, pero incluso en Manhattan o en muchas ciudades europeas, ningún sociólogo de la cultura serio, sería capaz de identificar y describir un stock específico de conocimiento, ni

identificaría sólo una cultura. En realidad, uno debería pensar en un "stock de stocks de conocimiento" para imaginar la inmensa riqueza y variedad de lo que la sociedad moderna "conoce"[131].

4. Las partes y el todo

La conexión necesaria entre las partes (palabras, curaciones, párrafos) y el texto completo es un tema clásico de la teoría hermenéutica. El continuo pasaje dialéctico de las partes al texto completo y del texto completo a sus partes -el llamado círculo hermenéutico- es la dinámica fundamental de cualquier interpretación, como ha sido aclarado por Schleiermacher y más recientemente analizado en el clásico trabajo de Gadamer sobre *Wahrheit und Methode*[132]. Los principios generales de la hermenéutica pueden, obviamente, ser aplicados también a la interpretación de narrativas jurídicas y particularmente judiciales. En consecuencia, el sentido de una parte de una narración puede ser determinado sólo por referencia al texto completo del relato, y el sentido general de la narración puede ser interpretado sólo por referencia a todas sus partes. Usando nuevamente la metáfora del mosaico, uno podría decir que el significado de una sola pieza de vidrio está determinado por los colores y las posiciones de todas las piezas individuales de vidrio.

Con algunas adaptaciones menores, lo que se dice sobre la interpretación de un texto puede también ser referido a la escritura de un texto. Un escritor sabe que el sentido de las partes individuales de su escritura depende de todo el texto y que el sentido general del texto está determinado por sus partes[173]. Estos comentarios más bien de sentido común, pueden ser aplicados a las narrativas judiciales: la persona que crea una narración de los hechos pertinentes está juntando las diferentes partes de la historia dentro de un texto en que las piezas individuales

(enunciados relativos a hechos específicos, acciones y circunstancias) toman un significado que está determinado también por el contexto de la historia completa, la que a su vez es una combinación ordenada y coherente de enunciados específicos. Como se dijo arriba, una narración se construye sólo con el fin de "dar sentido" a una serie de fragmentos de discurso.

El tema de la " historia completa" es la base de la teoría *holista* del *story-telling* que ha sido propuesta, en oposición a la aproximación analítica o atomista a los problemas de la prueba judicial, principalmente en el área de la psicología social y con referencia específica a la forma en que se supone que los jurados toman sus decisiones sobre los hechos del caso. Las investigaciones empíricas hechas principalmente por Bennett y Feldman[(174)] y por Pennington y Hastie[(135)] parecen sustentar la conclusión de que los jurados no se involucran en un análisis detallado de los hechos y de los elementos de prueba relativos a esos hechos, sino que típicamente recurren a relatos con el propósito de organizar los medios de prueba que son presentados en el juicio[(136)]. Entonces, los jurados llegan a sus conclusiones sobre los hechos mediante una evaluación de la plausibilidad de las *stories* "completas" acerca de los hechos[(137)] sin llevar a cabo ningún razonamiento analítico sobre los hechos específicos o los elementos particulares de prueba. En otras palabras, los jurados estadounidenses determinan la "verdad" de los hechos de que se trata "principalmente mediante la construcción y comparación de *stories* más que evaluando críticamente los argumentos desde la prueba"[(138)]. También se ha dicho que eso no sólo sucede, sino que es una buena y recomendable forma de tomar decisiones sobre los hechos[(139)].

No vale la pena poner a prueba aquí el valor descriptivo de la teoría holista, que puede ser concebido[(140)]: bien puede ser que los jurados se comporten precisamente en la forma que la teoría holística afirma. Esto no significa, sin embargo, que dicha teoría merezca ser tomada

como un modelo descriptivo para la toma de decisiones sobre los hechos, y que pueda ser tomada como una suerte de teoría general del proceso de decisión judicial[141]. Vale la pena hacer algunos comentarios adicionales desde ese punto de vista.

Por una parte, como se dijo arriba, las narraciones son necesarias e ineludibles como medios para poner hechos fragmentados y dispersos y piezas sueltas de prueba en un contexto ordenado y plausible. En una palabra, las *stories* son necesarias para interpretar la información disponible y para reconstruir la realidad a la cual se refieren. Entendida en este sentido débil, la teoría holista puede ser aceptada, pero no agrega nada relevante a la teoría actual sobre la toma de decisiones judiciales. Es obvio que el juzgador tiene que articular los hechos y la información aportada por los elementos de prueba en una serie de enunciados, de ser posible coherentes[142].

Sin embargo, la teoría holista es defendida por sus partidarios como un modelo en un sentido mucho más fuerte, de acuerdo al cual la decisión sobre los hechos *debe* ser concebida y tomada precisamente como una elección entre *stories* rivales tomadas "como un todo", es decir, dejando de lado cualquier examen atomista o analítico de los hechos y cualquier valoración individual de los elementos de prueba[143]. En esta segunda versión, la teoría holista resulta altamente controvertible, especialmente cuando enfatiza que las *stories* son "imposibles de verificar en términos de la realidad de la situación" que representan[144], porque los jurados deciden solamente sobre la base de su plausibilidad y no de su veracidad. Una aproximación crítica a esta segunda versión, resulta incluso más justificada si se considera que la *story* puede incluir "hechos inventados o infundados"[145] y sobre todo si, como se afirma, las funciones básicas de las *stories* consisten en *llenar los vacíos* dejados por la prueba incompleta o insuficiente acerca de los hechos relevantes[146]. Algo similar es sostenido también por Neil MacCormick cuando dice que la coherencia narrativa

es útil para determinar la verdad o la probabilidad de un hecho cuando no hay disponible una prueba directa[147].

Desde una perspectiva como esa, en definitiva, la "evidencia empírica y el análisis lógico tienen un papel secundario en la verificación del carácter completo y la coherencia"[148], y es difícil determinar el valor probatorio de los elementos de prueba[129]. Aunque los peligros del *story-telling* en los contextos judiciales incluyen también otros factores negativos, como, por ejemplo, la apelación a prejuicios, estereotipos ocultos y el uso de un lenguaje indebidamente emocional y de analogías dudosas[150], vale la pena centrarse en los factores que pueden llevar a la construcción de narrativas que tengan poco o nada que ver con la realidad de los hechos del caso. Muchas *stories* pueden estar basadas en hechos irrelevantes[151] o en hechos que son inventados por el *story-teller* sin ninguna base racional con sustento en los elementos de prueba, y pueden ser usadas para afirmar la existencia de hechos que no han sido probados, sólo a consecuencia del vacío que la falta de prueba produce en el curso de los sucesos narrados. Si se llenan vacíos por medio de la construcción de "toda" una *story,* en realidad significa que los hechos no son verdaderos, porque no hay elementos de prueba que confirman su existencia; ellos son presentados como si fueran verdaderos, sólo porque calzan en el diseño total de la *story*. En una palabra, si un hecho que sería necesario para el orden y el desarrollo del relato "falta", porque hemos probado, entonces el *story-teller* simplemente lo toma del "stock de conocimiento" disponible y lo inserta en el lugar correcto dentro del diseño del mosaico. En consecuencia, el mosaico de la *story* parece coherente y completo, sin que importe cuantas "piezas" falsas han sido insertadas. Todo esto significa, básicamente, que no puede pretenderse que esas narraciones sean respetuosas de la verdad de los hechos en cuestión. Su posible coherencia holista no agrega nada a su falta de veracidad.

Si estos argumentos pueden dar lugar a una defensa o a una crítica del sistema de jurados, es algo que no puede ser discutido en esta sede. Sin embargo, cabe preguntarse si existen buenas razones para apoyar o recomendar un sistema en el que quienes juzgan los hechos, construyan y relatan historias que *a priori* no reflejan los "reales" hechos del caso. La teoría política de *story-telling* tiene la ventaja de iluminar estos aspectos de las narraciones, pero suscita el problema de considerar si la plausibilidad global de que una story puede y debe ser el único factor que determine su aceptación dentro del contexto de la toma de decisiones judiciales.

5. Buenas narraciones versus narraciones verdaderas

Como Susan Haack ha señalado recientemente, el mismo acontecimiento puede ser objeto de varias descripciones verdaderas(152). En consecuencia, uno podría agregar, puede existir también un número (quizá mucho mayor) de descripciones falsas del mismo hecho. Se confirma así que el mismo suceso o conjunto de sucesos puede ser descrito de varias formas, y que algunas o muchas de ellas pueden ser verdaderas mientras algunas o muchas de ellas pueden ser falsas. Haack formula su comentario en términos epistemológicos generales, pero él resulta válido también de manera específica en el contexto judicial: como hemos visto antes, ahí varios *story-tellers* trabajando los procedimientos judiciales y se supone que ellos cuentan historias diferentes sobre el mismo suceso o conjunto de sucesos. Pero el comentario de Haack también implica que, cuando hay varias descripciones diferentes del mismo suceso o conjunto de sucesos -no importando cuántas de estas descripciones haya- siempre tiene sentido preguntar cuál de ellas es verdadera, suponiendo, por cierto, que algunas de ellas pueda ser verdadera. Si esto tiene sentido desde una perspectiva epistemológica general, no hay razón para negarle sentido dentro del contexto judicial. En dicho contexto, sin embargo,

el concepto específico de verdad merece ser tomado en cuenta: un enunciado que describa un hecho es verdadero cuando y en la medida que haya sido racionalmente conformado por los elementos de prueba presentados al tribunal[153].

La teoría, tanto general como judicial, del *story-telling*, no habla en cambio de narraciones verdaderas, sino sólo de *good stories*[154]. En realidad, la idea de una buena narración es oscura y ambigua, ya que hay una variedad de propósitos en relación a los cuales una narración puede ser buena[155]. Sin embargo, los requerimientos de una buena narración judicial parecen relativamente fáciles de determinar: una narración judicial será buena cuando sea plausible, cuando sea coherente con el "stock de conocimiento" que es típico de la audiencia y por lo tanto sea "familiar" para ellas, cuando sea narrativamente coherente[156], y -por lo tanto- cuando sea *persuasiva*[157]. Pero esta teoría -así como cualquier teoría de la verdad que se base en la coherencia del texto- se enfrenta a una objeción destructiva: las narraciones coherentes y persuasivas pueden ser completamente falsas[158]. Basta con pensar en un testimonio que puede ser narrativamente coherente, pero falso, o también en una decisión judicial que puede también justificada en forma consciente, pero que no corresponde a las pruebas y por lo tanto la realidad de los hechos, para encontrar ejemplos fáciles y claros de la distinción básica entre coherencia, consistencia o persuasiva y verdad.

Por lo tanto, hay dos distinciones que debemos tomar en cuenta: la distinción entre narraciones no verdaderas ni falsas y la distinción entre buenas y malas narraciones. Las dos parejas no son equivalentes: ellas pueden, en cambio, ser condenadas, de modo que se obtiene un conjunto de cuatro situaciones diferentes. Para desarrollar esa combinación podemos estipular que una narración es verdadera cuando todas las aserciones relativas a hechos son verdaderas (es decir,

correspondientes a la realidad de los hechos involucrados, sobre la base de los elementos de prueba disponibles), mientras que es falsa cuando al menos una de esas aserciones no está probada y por lo tanto no corresponde a la realidad de los sucesos descritos: "falsas" significa entonces total o parcialmente falsa.

a) Primera situación: puede tratarse de una buena narración, pero falsa. La novela de Grisham, al igual que miles de novelas bien escritas, son ejemplo de este tipo de relatos: son buenas desde el punto de vista narrativo, pero -al pertenecer al dominio de la fantasía y la ficción- ni siquiera pretenden ser verdaderas. Por definición una novela -principalmente si es tomada holísticamente- es descriptivamente falsa, incluso cuando -como ocurre en el ejemplo de Grisham discutido más arriba- ella incluye a algunas, o incluso muchas, aserciones que puedan ser identificadas como descriptivamente verdaderas.

b)Segunda situación: un mal relato puede además ser falso. Este es, desafortunadamente, el caso de muchas novelas mal escritas: pretenden narrar una historia, pero carecen de los elementos de una buena narrativa. En cualquier caso, como éstas narraciones son novelas, no pretenden ser verdaderas, incluso cuando puedan incluir algunas afirmaciones verdaderas.

c)Tercera situación: puede tratarse de una buena narrativa que además es verdadera. Este es el caso, por ejemplo, de algunos relatos históricos que están escritos en una forma coherente, consistente, plausible y persuasiva, pero que a la vez son descriptivamente verdaderos, ya que representan fielmente el suceso o el conjunto de sucesos a los que se refieren. Este también puede ser el caso de las narraciones judiciales, cuando están bien construidas desde el punto de vista narrativo y al mismo tiempo están bien fundadas en las pruebas disponibles y por lo tanto corresponden a la realidad de los hechos en cuestión.

d)Cuarta situación: puede tratarse de una mala narración, que sin embargo es verdadera[159]. Este es el caso de un relato histórico mal escrito, por ejemplo, porque no entrega una descripción completa de un conjunto o una cadena de sucesos, o porque narra circunstancias incoherentes e incluso contradictorias, pero que es descriptivamente verdadera porque refleja la realidad de las circunstancias de que se trata, en la medida que dichas circunstancias aparecen confirmadas por fuentes fidedignas de evidencia. Este puede ser también el caso de las narraciones judiciales: ellas pueden carecer de algunos aspectos de los "buenos" relatos, por ejemplo, porque las pruebas presentadas no entregan base suficiente para una reconstrucción completa, coherente y consistente del conjunto o cadena de sucesos relevantes, y sólo permite confirmar algunos hechos aislados (o ningún hecho en absoluto). Sin embargo, esas "malas" narraciones pueden ser verdaderas, en la medida que se base en elementos de prueba que tengan relación con los hechos en cuestión.

La relevancia y las funciones de estas cuatro clases de narraciones son obviamente diferentes, dependiendo del tipo de contexto en que se produzcan y se usen. Por ejemplo, las narrativas de los tipos a) y b) son relevantes en el contexto de un concurso literario: si lo que está en juego es ganar el premio para la mejor novela policial del año, o algo por el estilo, la falsedad de la narración no es significativa, y la calidad narrativa de la historia es el único parámetro decisivo para la selección. En dicho contexto, una narrativa del tipo c) puede ser relevante, pero no porque es verdadera: simplemente porque está narrativamente bien escrita. En una competencia literaria la verdad de la historia no es relevante en absoluto: incluso podría ser contraproducente, si la demostración de veracidad de la historia requiere, por ejemplo, demasiadas referencias a las pruebas que confirman que la historia es verdadera. En ese mismo concurso, por supuesto, las narrativas del tipo d) van a ser dejadas de lado

inmediatamente: una historia mal contada es definitivamente defectuosas y no podría nunca ganar ningún premio, a pesar de su veracidad.

La situación puede ser diferente si el problema consiste en evaluar la calidad de un relato histórico, porque, en ese caso, la verdad de la historia se transforma en uno de los parámetros relevantes para juzgar: por lo tanto, las narrativas del tipo c) serían las mejores, pero también las narrativas del tipo d) aunque sean defectuosas desde el punto de vista literario, pueden ser apreciadas, en la medida en que sean verdaderas.

En cuanto al contexto judicial, parece que las narrativas del tipo a) son importantes, especialmente para los/as abogados/as. Como dijo Riva, un abogado no tienen la obligación de decir la verdad o ayudar a su búsqueda[160] y su historia tiene que ser sólo útil para ganar el caso. Entonces, una historia narrativamente buena puede ser muy útil, aunque sea descriptivamente falsa, sobre todo si su propósito final es persuadir a un juez (o un *trier of fact*) "holista", de quien no se espera que esté dedicado a establecer la verdad sobre los hechos en cuestión. También para este tipo de juzgador las narrativas del tipo a) son significativas, y por la misma razón: para ese juzgador una narración tiene que ser buena desde el punto de vista narrativo con el fin de ser persuasiva, y con el fin de ser aceptada como una reconstrucción adecuada de los hechos. Si la narración es o no realmente verdadera a la luz de las pruebas, es algo que no importa: una buena narración, aunque falsa, bien puede ser la base de una sentencia (o veredicto) holista.

Si, por el contrario, nos imaginamos que quien juzga los hechos está interesado en tomar una decisión ajustada a la realidad del caso, y envasar sus descubrimientos en una valoración racional de las pruebas presentadas en juicio, entonces el tipo de narrativa óptima es claramente la de tipo c). Un relato que corresponda descriptivamente a la realidad de los hechos según se desprende de las pruebas, y que también sea

narrativamente coherente, consistente, completo y plausible, es el mejor tipo de narración que puede ser construido por un juez.

En dicha situación, ¿qué pasa con la narración del tipo d)? *Prima facie*, uno podría decir que para un abogado no es interesante: la historia puede ser verdaderas, pero sí es narrativamente mala puede no ser útil para ganar la causa. Un abogado usaría un relato verdadero, pero narrativamente malo, sólo como un desesperado último recurso. Si nos situamos en cambio en el punto de vista de quien juzga los hechos, ese tipo de narración merece un mayor análisis.

Asumamos que los hechos materiales en los que se basa una demanda de indemnización de perjuicios, son descritos por estos enunciados:

1) Al momento M, en el lugar de L, el sujeto A realizó la acción X.
2) La acción X hirió al sujeto B.
3) El sujeto B fue herido de tal y tal manera.

Si las pruebas aportadas en juicio han permitido establecer que las afirmaciones 1), 2) y 3) son verdaderas, estas afirmaciones pueden ser ordenadas para formar una narrativa coherente, consistente, plausible y posiblemente completa en la secuencia de hechos. Entonces, tendremos una narración del tipo c): buena y verdadera. Pero si los elementos de prueba no confirman suficientemente -por ejemplo- el enunciado 2), entonces surge un problema. ¿Qué tipo de historia puede ser relatada en esa situación? Un partidario de la teoría holista sugeriría que quien juzga los hechos tiene ese vacío dejado por la falta de pruebas de la aserción 2), haciendo referencia a cualquier conocimiento de sentido común de acuerdo al cual en situaciones similares "normalmente" existe una conexión causal entre los hechos del tipo descrito en la afirmación 1) y los hechos descritos en la afirmación 3). En consecuencia, dicho

juzgador podría construir una buena narración -coherente, plausible, consistente y completa- de los hechos. Sin embargo, esa narración va a ser del tipo b) descrito arriba, ya que podría ser falsa con referencia a la afirmación 2): en realidad, nadie sabe si realmente hirió a B, y por lo tanto una aserción en ese sentido no puede ser tomada como verdadera sobre la base de las pruebas disponibles. Una situación más clara aún puede ocurrir si hay pruebas que muestran que la acción X *no* hirió a B. Incluso en esa situación el juzgador holista puede construir el mismo relato, simplemente no considerando la evidencia que está en contra de una narración de los hechos buena, completa y "normal".

Un partidario de la aproximación analítica o atomista diría en cambio que si la afirmación 2) no resulta aprobada, falta una parte importante de la historia hipotética, porque no se puede establecer una relación causal entre los enunciados 1) y 3). En consecuencia, un juzgador "analítico" no podría construir una narración completa y consistente de la situación involucrada: simplemente podría decir que, sobre la base de las pruebas disponibles, es verdad que A realizó la acción X y que B fue herido, pero que no existe una relación causal entre ambos eventos. Una conclusión de este tipo resultaría incluso mejor fundada si las pruebas permitieran establecer que el enunciado 2) no es verdadero. Desde el punto de vista narrativo, se trataría de un mal relato: fragmentado, incoherente e incompleto. Sin embargo, esa narración sería verdadera, porque reflejaría fielmente el resultado probatorio. Sería, por lo tanto, una narración del tipo d) descrito anteriormente. La diferencia obvia entre los dos tipos de historias que pueden ser relatadas en la misma situación, reside en que el juzgador holista construiría una narración del tipo b) y concluiría que A es responsable por las lesiones sufridas por B, mientras que un juzgador analítico concluiría, sobre la base de una narración del tipo d), que A no es responsable de esas lesiones.

Este análisis esquemático de las principales situaciones que típicamente pueden ocurrir en los contextos judiciales muestra que las buenas narraciones pueden ser falsas y que las narraciones verdaderas pueden ser sin embargo malas narraciones. No es fácil establecer si, en la práctica, y en todos los sistemas procesales, las buenas narraciones desplazan a las narraciones verdaderas, como dice Twining[161]. Probablemente tienden a preferirse las buenas narraciones, incluso si son falsas, más que las narraciones verdaderas, especialmente cuando los relatos verdaderos son narrativamente defectuosos. Sin embargo, esta preferencia puede variar, dependiendo del tipo de juzgador (jurado, un juez profesional), y ciertamente dependiendo del tipo de contexto en que la *story* judicial sea relatada. Un reportero puede preferir un buen relato sin preocuparse mucho acerca de su veracidad, mientras que un juez puede preferir el relato verdadero, incluso si es narrativamente pobre. En todo caso, el problema que nos preocupa refiere al tipo de narración que debe ser preferido como fundamento para una decisión judicial. Si compartimos el supuesto que hay una diferencia entre un proceso judicial y un concurso literario, podemos inclinarnos a creer que sólo las narraciones verdaderas entregan una reconstrucción precisa de los hechos en cuestión. Las buenas narraciones que incluyen enunciados falsos o infundados llevarían probablemente a una decisión defectuosa, imprecisa y no confiable. Esta es la razón principal que explica por qué sostener que "el razonamiento narrativo, aunque necesario, es inherentemente defectuoso"[162] puede ser quizás un poco radical, pero apunta sustancialmente en una dirección correcta, al menos cuando se refiere a las aproximaciones narrativas más extremas al problema de la decisión judicial acerca de los hechos. Sin embargo, incluso tomando en consideración sólo las narraciones verdaderas, hay al menos un sentido en el que los aspectos narrativos de un relato pueden ser relevantes. Imagínense que los hechos materiales del caso H1, H 2, H3... H N estuvieran probados de acuerdo a los estándares probatorios

usuales. Entonces, cualquier historia en relación con H1... H N sería analíticamente verdadera. Siguiendo nuevamente a Susan Haack[163], varias historias verdaderas pueden ser narradas acerca de tales hechos: algunas de ellas pueden ser buenas y otras pueden ser narrativamente defectuosas, dependiendo de cómo se combinan los hechos en un conjunto más o menos coherente de sucesos. En dicha situación, un relato narrativamente bueno debe ser preferido a uno defectuoso, ya que el primero entrega una reconstrucción más coherente y plausible de los hechos en cuestión. Éste relato pertenecería al tipo c) descrito arriba. Usando nuevamente la metáfora del mosaico: si tenemos algunas piezas de vidrio de colores, y todas esas piezas son de buena calidad, podemos ensamblarlas de distintas maneras. En algunos casos, el diseño general va a tener sentido, mientras que en otros casos (como ocurriría si lanzamos las piezas al azar) no lo tendría; más aún, un diseño con sentido puede ser preferible a otros diseños con sentido. Teniendo que elegir un diseño entre todos los posibles, es razonable escoger el que combina las piezas en el diseño más bonito. En forma similar, teniendo que elegir entre diferentes relatos, cada uno de ellos compuesto de aserciones verdaderas acerca de los hechos, incluso un juzgador "analítico" escogería racionalmente la comparativamente "mejor" narración de los hechos en cuestión[164]. En una palabra: los aspectos narrativos de una historia no son suficientes, por sí mismos, para determinar la preferencia por esa historia; sin embargo, esos aspectos pueden ser considerados como parámetros de preferencia entre los varios relatos verdaderos que narran los mismos hechos.

Bibliografía

Amsterdam-Bruner, Minding the Law, Cambridge, Mass.-London, 2002. –Law's Stories. Narratives and Rhetoric in the Law, New Haven-London, 1996.

Bruner, Making Stories. Law, Literatura, Life, Cambridge, Mass.-London, 2002.

Ferrer Beltrán, Prueba y verdad en el derecho, Madrid-Barcelona, 2002.

Friedman, The horizontal Society, New Haven-London, 1999.

Gadamer, Wahrheit und Méthode, Tübingen, 1972.

Goldman, Knowledge in a Social World, Oxford, 1999. –Reference Manual on Scientific Evidence, Federal Judicial Center, 2000.

Schauer, Profiles, Probabilities and Stereotypes, Cambridge, Mass.-London, 2003.

Searle, Mind, language and society, New York, 1999.

Taruffo, La prueba de los hechos, tr.sp. Madrid, 2002.

Taruffo, Sobre las Fronteras. Escritos sobre la justicia civil, tr.sp. Bogotá, 2006.

Twining, Rethinking Evidence. Exploratory Seáis, 2ed., Cambridge, 2006.

Citas

1 Ver Borges, Siete Noches, Buenos Aires, 2005, p. 16

2 Ver Shopenhauer, Die Welt als Wille and Vorstellung, Zürich, 1988, Band I, 52, p. 338.

3 En su Quinta noche, refiriéndose a la poesía, Borges dice que es un error creer que la prosa está más cercana a la realidad que la poesía: ibídem, p. 116

4 De hecho, la realidad –aunque misteriosa- es mucho más simple que su descripción literaria: ver Borges, ibidem, pp. 114,117.

5 Ver, por ejemplo, Law's Stories, Narration and Rhetoric in the Law, ed. by P. Brooks & P.Gewirtz, New Haven- London, 1996.

6 Ver principalmente Twining, Rethinking Evidence, Exploratory Seáis, 2nd ed., Cambridge a. o., 2006, pp. 280, 286, 332. Ver también Burns, Fallacies on Fallacies: Reply, en 3 Int' l Comment. On evidence 2005, art. 4, 1, para mayores referencias. El ejemplo más interesante de esta perspectiva es probablemente Jackson, Law, Fact and Narrative Coherente, Merseyside, 1988.

7 Para una postura similar , ver Twining, supra n. 6 at 291.

8 Acerca de la "muerte de los Grandes Relatos" en la filosofía postmoderna, ver, por ejemplo, Litowitz, Postmodern Philosophy and Law, Lawrence, Kansas, 1997, p. 10.

9 Respecto de este tema ver, por ejemplo. Minda ,Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudente at the Century's End , New York-London, 1995, pp. 161,164.

10 Ver el complejo análisis desarrollado por Burrow, The Crisis of the Reason. European Thought, 1848- 1914, New Haven- London, 2000.

11 Para un extenso análisis, critico del pensamiento de Baudrillard ver Norris, What's Wrong with Postmidernism. Critical Theory and the End of Philosophy, Baltimore, 1990, p. 164

12 Para una breve descripción del movimiento, ver Minda, supra n. 9, p. 164

13 Ver infra, & 2.2.

14 Ver Twining, supra, n.6 pp. 283, 336, 445.

15 Ver especialmente Bruner, Making Stories, Law, Literatura, Life, Cambridge, Mass, London, 2002, 9, p. 25.

16 Ver Borutti, Filosofia dei sensi, estetica del pensiero tra filosofia, arte e letteratura, Milano, 2006, p. 31.

17 Ver Burns, ihidem.

18 Ver Borutti, ídem.

19 Como veremos después, sin embargo, la relación de las partes con el todo no está exenta de problemas: ver infra, & 4.

20 Ver Bruner, supra n. 15, p. 43.

21 Ver Menashe- asmas, The Narrative Fallacy, en 3 Int' l Comment, On Evidence 2005, art. 3,8.

22 Ver Bruner, supra n. 15, p. 23.

23 Ver Twining, supra n. 6, p. 318.

24 Acerca del concepto epistémico de verosimilitud y su relación con el concepto de verdad ver principalmente Niiniluoco, Truthlikeness, Dordrecht a. o 1987. La idea de verosimilitud de una aserción sobre un hecho como correspondencia de esa afirmación con lo que normalmente sucede está desarrollada en Taruffo, La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali, Milano , 1992, p. 158. Respecto de la ambigüedad de lo "normal", ver Hacking, The Taming of Chance , Cambridge, 2004, p. 161.

25 Ver Twining, supra n. 6 pp. 283, 293, 337. Respecto de la relación verdad/ falsedad y la calidad narrativa de las historias, ver también infra, & 5

26 Ver Gewirtz, en Law's Stories, supra n. 5, p. 5.

27 Ver Prandi , Metafore e verita, en Confini della filosifia. Veritde conoscenza nella filosofia contemporanea, a cura di S. Borutti e F. Papi, Como – Pavia, 1994, p. 165.

28 Ver, por ejemplo, Twining, supra n. 6, pp. 290, 296.

29 Ver Twining, supra. N. 6, p. 536

30 Ver e. g. Tillers, en Wigmore, A Treatise on the Anglo- American System of Evidence in Trials at Common Law ; vol. I, rev. 3rd. ,., Boston – Toronto 1983, 2, nota al pie 2; Weiner, "The Civil Jury Trial and the Law- Fst Distinction ", en 54 Cal. L. Rev 1966; 1867; Id.; "The Civil Non- Jury Trial and the Law- FACE Distinction", ídem, 55, 1968, 1020. respecto de la regla tradicional "ad queastiomen facti non respondent judices, ad quaestionem juris non rerspondent juradores", ver Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law, Boston , 1898 (reír. New York 1968), p 183.

31 Ver, por ejemplo, Marty, la distinction du fair et du droit. Essay sur le pouvoir de contrôle de laCcour de Cassation sur les juges du fair, Paris, 1929. Ver también los ensayos de Foriers, AScarelli, Rivero, Buch y Roland en el libro Le fair et le droit. Etudes de logique juridique , Bruxelles, 1961, pp. 51, 113, 149, 175.

32 Ver Twining, supra n. 6, ppo. 14, 417.

33 En otro lugar desarrollé el argumento en que se basa esta afirmación: ver Taruffo, supra. N. 24, pp. 67, 71.

34 Ese supuesto se basa en un conjunto de condiciones filosoficas, epistémicos e incluso éticas que no pueden ser discutidas aquí y que serán analizadas en otra parte. En términos generales, ver Goldman, Knowledge in a Social World, Oxford, 1999, pp. 3, 41, 69.

35 Respecto de esta característica de las afirmaciones de hecho, ver también infra & 5.

36 Respecto de algunos de estos temas, ver Taruffo, supra n. 24, pp. 67,71.

37 Esta conexión es conocida y ampliamente analizada por la teoría juridica continental. Será imposible dar referencia adecuadas aquí. Sin embargo, ver al menos los textos clásicos en el tema: Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl; Heidelberg, 1960, pp. 19, 37, 83. ver también , para más referencias, Taruffo, supra n .24, p.74.

38 La referencia lógica es el estándar básico para la decisión sobre si admintir o excluir un elemento de prueba , sobre la base de principio frustra probatur quod probatum non relevat. Sobre este principio general y para mayores referencias, ver Taruffo , supra. n. 24, p. 338; Id, Studi sullarilevanza Della prova, Padova, 1970. El principio es reconocido en todos los sistemas procesales y contenido en un conjunto de normas especificas. Ver , por ejemplio la Regla 410 de las Federal Rules of Evidence estadounidenses

39 De hecho , la "complejidad fáctica" es uno de los principales elementos de un litigio complejo, como sucede en el caso de responsabilidad masiva y acciones de clase: ver Manual for Complex Litigation , Fourth, Federal Judicial Center 2004, pp. 242, 341.

40 Para un análisis más amplio de la causalidad, ver Taruffo, "La prova del nexo causale". En Riv. Crit. Dir. Priv., 2006, p. 101.

41 En otro lugar discuto el problema relativo a esa peculiar clase de hechos: ver Taruffo, supra, n. 24, p. 121.

42 Una afirmación similar el Jackson, supra n. 6, p. 85.

43 Ver Twining , supra n. 6, 130, 132. ver también a Gewirtz, supra n. 26, p. 8.

44 Ver Bruner, supra n. 15, p. 23.

45 Ver Bruner, supra n. 15, p. 43: Gewirtz, supra n. 26, p. 7; Burns, supra n. 6, p. 2.

46 Ver Ámsterdam – Bruner, Minding the Law, Cambridge, Mass.-London, 2002, p. 173

47 Ver Twining, *supra* n. 6, p. 24.

48 Id., *supra* n. 6, p. 288. En el mismo sentido ver Gewirtz, supra n. 26, p. 5.

49 Id., *supra* n. 6, pp. 289, 290, 297, 305.

50 Ver e.g. Gewirtz, *supra*, n. 26, p. 9; Dershowitz, "Life is Not a Dramatic Narrative", en *Law's Stories, supra* n. 5, p. 99. Acerca del bajo nivel de veracidad de las historias de los/as abogados/as ver también Coloma

Correa, "Vamos a contar mentiras tralará... O de límites a los dichos de los abogados", en *Rev. de Derecho*, Universidad Austral de Chile, XIX, n. 2, 2006, p. 41.

51 La pregunta es hecha e.g. por Gewirtz, *supra* n. 26, p. 9.

52 Ver Hazard-Dondi, *Legal Ethics. A Comparative Study*, Stanford, 2004, p. 114 y nota al pie. 2, p. 327. Las "calificaciones" de la supuesta obligación de verdad del abogado en casos civiles no son especificadas.

53 Ver Hazard-Dondi, *supra* n. 52, p. 114.

54 Ver Ámsterdam-Bruner, *supra* n. 46, p. 174.

55 Para referencias sobre las modificaciones a la Regla 11 y breves comentarios, ver *Federal Rules of Civil Procedure. Abridged Edition as Atended to May* 13, 2005, p. 50.

56 Ver Hazard-Dondi, *supra* n. 52, p. 234.

57 Ver Millar, *Contemp of Court*, Oxford 2000, p. 630.

58 Ver Murria-Sturner, *German CIvil Justice*, Dirham, NC, 2004, p. 159.

59 Ver Hazard-Dondi, *supra* n. 52, p. 237.

60 Ver, por ejemplo, Gewirtz, *supra* n. 26, 6: Twining, *supra* n. 6., p. 295.

61 Ver, por ejemplo, § 130n. 3 del *Zivilprozessordnung* alemán; arts. 6 y 62 del *Code de procedure civile* francés; art. 399 n. 3 de la Ley de enjuiciamiento civil española, y art. 163 n. 4. del *Codice di procedura civile* italiano.

62 Sobre este muy conocido aspecto del procedimiento federal estadounidense ver. e.g, James-Hazard-Leubsdorf, *Civil Procedure*, 4th ed., Boston-Toronto-London, 1992, p. 145; Friedenthal-Kane-Miller, *Civil Procedure*, St. Paul, Minn., 1985, p. 252.

63 Sobre la función ilocucionaria de los actos del habla ver Searle, Mind, language and society. Philosophy in the real World, New York 1999, pp. 137, 140, 148; Id., Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language, Cambridge, 1980, pp. 23, 29, 65.

64 Ver Ámsterdam-Bruner, *supra* n. 46, pp. 174, 175.

65 Sobre el concepto de objetivo ilocucionario directivo (*illocutionary directive point,* ver Searle, *Mind, supra* n. 63, p. 148.

66 El tópico de la carga de la evidencia no puede ser discutido adecuadamente aquí. Ver en general, Gaskins, *Burden of Prof. In Modern Discurse.* New Haven –London, 1992. El problema es particularmente complejo porque en muchos casos la ley o el tribunal cambian la carga de probar un hecho desde la parte que originalmente lo alegó a la otra parte. Ver, por ejejmplo, Gaskins, *ídem,* p. 103; Conway-Jones. "Factual Causation in Toxic Tort Litigation: A philosophical View el Prof. And Certainty in Uncertain Disciplines". En *35 Un Richm L.Rev. 2002,* p. 875: "Allocating the Burden of Prof.", en 72 *Ind. L. J.* 1997, "Discrimation Cases", en 88 *Mass.* L. *Rev. 2003,* p. 48. Para un análisis critico de esta práctica muy común ver García Grande, "Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas", en la *Ley 11.05.05,* 1.

67 Ver Gewits, *supra* n. 26, p. 7, Burns, *supra* n .6, p. 2.

68 Ver Taruffo, "Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa", en *La prove nel processo civile,* Milano, 2007, p. 53.

69 Ver Wigmore, *supra* n. 30, vol. V, rev. 3rd., Boston-Toronto 1974, p. 32.

70 Ver, por ejemplo, Freedman, "Professional Responsability of the Criminal Defense *Lawyer. The Three Hardest Questions*", en 64 Mich. L. Rev. 1966, p. 1474: donde se dice que el buen abogado usará la contrainterrogación con el propósito de "destruir" al testigo adverso, especialmente cuando el abogado sabe que el testigo ha dicho la verdad. Ver *también Ehrlich, The Lost Art of Cross- Examination,* New York, 1970, p. 18; *Appleman, Cross- Examination, Fairfax,* Virg., 1965, p. 6.

71 En otro lugar yo desarrollé el tema del desapego del juez en contraste con el involucramiento del abogado en el contexto de la prueba. Ver Taruffo, "Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence", en *The Eye of Justice,* el. By R. Kevelson, New York, a. o., 1993, p. 267.

72 Ver por ejemplo, Ferrer Beltrán, *Prueba y Verdad en el Derecho*, Madrid-Barcelona, 2002, p. 61: Coloma Correa, *supra* n. 24, pp. 35, 50, 143.

73 Ver *infra, 4.*

74 Ver Ámsterdam-Bruner, *supra* n 46, p. 111.

75 Ver Ámsterdam-Bruner, *supra* n 46, p. 135

76 *Ibídem*, p. 19.

77 Ver Ámsterdam-Bruner, *supra* n 46, 2 p. 8.

78 Ver Ámsterdam-Bruner, *supra* n 46, p. 37.

79 Ver Ámsterdam-Bruner, *supra* n 46, p. 27.

80 Para tal análisis ver principalmente Ámsterdam-Bruner, *supra* n 46, p. 19. Ver también los ejemplos ampliamente analizados *ibídem*, at 55.

81 Ver por ejemplo, el trabajo clásico de Hart y Honoré, *Causation in Law*, Oxford, 1959, y Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1990.

82 Ver Jonson-Laird, "Causation, Mental Models and the law", en 65 *Brookl. L. Rev.*, 1999, p. 67.

83 Ver Winter, *A Clearing in the Forest, Law, Life and Mind*, Chicago-London, 2001, pp. 88, 93, 105.

84 Sobre el concepto de causalidad específica o individual ver e. g. Taruffo, *supra* n.40, p. 107: Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003, p. 339: Green-Freeman-Gordis, *Reference Guide on Epidemiology*, en *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal judicial Center, 2000, p. 381.

85 Sobre el concepto de casualidad general, ver Taruffo, *ibídem*; Stella, *supra* n. 84, p. 291; Gren-Freman-Gordis, *supra* n. 84, pp. 374, 383.

86 Sobre el concepto de mera conexión, ver Kaye-Freeman, "Reference Guide on Statistics", en *Reference Manual, supra* n. 84, p. 91: Fubinfeld,

Referente Guide on Multiple Regresion, ibídem, pp. 183, 185; Green-Freeman-Gordis, *supra* n. 84, p. 336.

87 Ver Twining, *supra* n. 6, pp. 312, 335, 336.

88 Discuto más ampliamente este tema en otra parte: ver Taruffo, *supra* n. 24, p. 105: Id., "Value Judgments in the Judgment of Fact", en *Archivum Juridicum Cracoviense*, XVI, 1985, p. 45. Ver también Wróblewski, *Facts in Law*, en Id., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, 2nd ed., Helsinki 1983, p. 108.

89 Una velocidad de 20 millas por hora puede ser considerada excesiva por alguien, bajo circunstancias determinadas, incluso cuando el límite es de 65 millas por hora.

90 Ver Hacking, *The Social Construction of What?*, Cambridge, Mass.-London, 1999.

91 Para una discusión crítica de las teórias que señalan que los hechos son solamente construcciones sociales, ver Hacking, *ibídem*, 23, p. 80.

92 En general, sobre la distinción entre hechos "brutos" e "institucionales" ver Searle, *La construzione Della realtà sociale*, it. tr, Milano, 1996, 36; MacConrmick-Weinberger, *An Institucional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986. Para una teoría general de los hechos institucionales, ver nuevamente Searle, *ibídem*, p. 130.

93 Sobre la precedencia lógica de los "hechos brutos" ver Searle, *supra* n. 92, pp. 67, 138.

94 Ver Searle, supra n. 92, pp. 38, 41, 47, 93.

95 Para esta definición, ver Jackson, *supra* n. 6, p. 59.

96 Ver Twining, *supra* n. 6, pp. 310, 335, 338, 443.

97 Discuto estas nociones en otra parte. Ver Taruffo, "Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice", en Id., *Sui confini, Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 121.

98 Ver Twining, *supra* n.6, p. 338.

99 Ver Twining, *ibídem*.

100 Ver Schauer, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass-London 2003, p. 15.

101 Ver Menashe-Shamash, *supra* n. 21, p. 11.

102 Para esa definición ver Ámsterdam-Bruner, *supra* n. 46, p. 121. Ver también Menashe-Shamash, *supra* n. 21, p. 13.

103 Ver Ámsterdam-Bruner, *ibídem*.

104 Ver principalmente Hacking, *supra* n. 24, pp. 160, 163.

105 Los dos ingredientes pueden ser discutidos juntos porque pueden ser considerados como las dos caras de un mismo fenómeno: en realidad, la actividad llamada "*profiling*" puede terminar en producir perfiles y estereotipos. Acerca de estos temas ver principalmente Schauer, *supra* n. 100, pp. 138, 155.

106 Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 191.

107 Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 167.

108 Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 181.

109 Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 76.

110 Ver Schauer, *supra* n. 100, pp. 22, 138,144, 151.

111 Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 199.

112 Ver Menashe-Shamash , *supra* n. 21, pp. 17, 19, 20, 27.

113 Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 17.

114 Ver Schum, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Evanston, III., 1994, pp. 82, 109.

115 Sobre estas distinciones ver, por ejemplo, Shauer, n. 100, pp. 7, 132.

116 Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 7.

117 Ver Schauer, *supra* n. 100, p. 9.

118 Sobre el concepto de generalizaciones espurias, ver Schauer, *supra* n. 100, p. 11.

119 Ver Twining, supra n. 6, p. 335.

120 Ver Stein, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, p. 16.

121 He discutido la razón de esa debilidad teológica en otra parte: ver Taruffo, *supra* n. 97, p. 140; Id., *supra* n. 24, p. 397.

122 Ver van Zandt, "An Alternative Theory of Practical Reason in Judicial Decisions", en 65 *Tul. L. Rev.*, 1991, p. 795; Taruffo, *supra* n. 97, p. 132.

123 El uso de la evidencia estadística y de probabilidades es un tema amplio y complejo que no puede ser discutido aquí. Ver, por ejemplo, Schum, *supra* n. 114; Faigman-Kaye-Saks-Sanders, *Modern Scientific Evidence. The Law and Science of Expert Testimony*, 2nd ed., St. Paul, Minn. 2002, vol. 2: *Manual of Complex Litigation, supra* n. 39, pp. 341, 435; *Reference Manual on Scientific Evidence, supra* n. 84, pp. 183, 333: *Probability and Interferente in the Law of Evidence, The Uses and Limits of Bayesianim*. Ed. por P. Tillers y E. D. Grenn, Dordrecht a.o. 1988: Frosini, *Le prove statistiche nel processo penale en el processo civile*, Milano, 2002: Taruffo, *supra* n. 24, pp. 166, 196.

124 Ver Nisbett-Ross, *human Inference. Strategies and Shortcomings of Social Judgment*, Englewood Cliffs, NJ, 1980.

125 Ver, por ejemplo, Koch-Rüssmann, *Juristiche Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982, pp. 285, 308, 332.

126 Ver Twining, *supra* n. 6, p. 334.

127 Ver, por ejemplo, los casos cuidadosamente analizados por Hoffer, *The Salem Wichcraft Trials. A Legal History*, Lawrence, KA, 1997, y por Merlo, *Streghe*, Bologna, 2006.

128 Ver Wagenaar-van Koppen-Crombag, *Anchord Narratives, The Psychology of Criminal Evidence*, Harvester, 1993, pp. 61, 73, 237.

[129] En general, sobre este fenómeno, ver Friedman, *The Horizontal Society*, New Haven-London, 1999.

[130] Ver nuevamente Friedman, *ibídem*.

[131] Para un comentario similar, ver Twining, *supra* n. 6, p. 444.

[132] Ver Gadamer, *Wahreit und Méthode*, Tübingen, 1972, pp. 188, 194, 296.

[133] En cualquier caso, la voluntad del autor y su interpretación del texto es irrelevante para el sentido del texto, que es determinado solo por la interpretación. El autor no es un intérprete privilegiado y su interpretación no es normativa. Ver Gadamer, *supra* n. 132, p. 196.

[134] Ver Bennet-Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom*, New Brunswick, 1981. Ver también Jackson, *supra* n. 6, p. 61.

[135] Ver Pennington-Hastie, "A Cognitive Theory of Juror Decision Making: the Story Model", en 13 *Cardozo L. Rev.* 1991, *Making*, ed. por R. Hastie, New York, 1993.

[136] Ver Twining, *supra*, n. 6, p. 368: Pardo, "Juridical Prof., Evidence and Pragmatic Meaning: Toward Evidentiary Holism", en 95 *Northw. L. Rev.* 2000, p. 399.

[137] Ver Twining, *supra* n. 6, p. 334: Menashe-Shamash, *supra* n. 21, p. 5.

[138] Ver Twining, *supra* n. 6, p. 336.

[139] Ver Abu Hareira, "An Early Holistic Conception of Judicial Fact-Finding", en *Jur. Rev.*, 1986, p. 79.

[140] Para una evaluación crítica ver Jackson, *supra* n. 6, pp. 65, 71.

[141] Para coherentes aproximaciones críticas ver Damaska, "Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence: A Comparative View", *in Comparative and Privative Internacional Law. Seáis in Honor of J. H. Merryman*, D.S. Clerk ed., Berlin 1990, p. 91: Taruffo, *supra* n. 24, p. 281.

[142] Desarrollo este punto en otra parte: ver Taruffo, *supra* n. 24, p. 282.

143 En forma más amplia, sobre esta versión y para mayores referencias, ver nuevamente Taruffo, *supra* n. 24, p. 283.

144 Ver Bennett-Feldman, *supra*, n. 134, at 33, y críticamente Twining, *supra* n. 6, p. 308.

145 Ver Twining, *supra* n. 6, p. 336.

146 Ver Twining, *supra* n. 6, pp. 308, 336, 337.

147 Ver MacCormick, *Coherente in Legal Justification, en Théorie der Normen. Festgabe Für Ota Weinberger zum 65. Geburstag*, ed. por W. Krawiets a. o., Berlin 1984, 48. Ver también Jackson, *supra* n. 6, p. 18.

148 Ver nuevamente Twining, *supra* n. 6, p. 308.

149 Ver Menashe-Shamash, *supra* n. 21, p. 26.

150 Ver Twining, *supra* n. 6, p. 336. Para un punto de vista crítico similar ver también Menashe-Shamash, *supra* n. 21, p. 5.

151 Ver nuevamente Twining, *ibídem*.

152 Ver Haack, Manifesto of a Passionate Moderate. Unfashionable Seáis, Chicago-London, 1998, p. 157.

153 Ver *supra*, n. 72.

154 En una perspectiva diferente, ver Burns, *supra* n. 6, at 2. según quien es posible en el juicio alcanzar una verdad que está *más allá* del *story-telling*.

155 Ver Twining, *supra* n. 6, p. 340, nota al pie 37.

156 El concepto de "consistencia" o "coherencia" (los términos no son exactamente equivalentes, pero frecuentemente se usan como si lo fueran) ha sido objeto de amplias discusiones dentro de la teoría de la argumentación jurídica. Ver principalmente MacCormick, *supra* n. 147; Lenoble, "Narrative Coherente and the Limits of the Hermeneutic Paradigm", en *Law, Interpretation and Reality.*

Interpretation in Legal Science: The Notion of Narrative Coherente, ibídem, at 204. Para una discusión comprehensiva ver Pino, "Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni", en *Riv.int. fil.dir.*, 1998, p. 84.

157 Estos términos son una síntesis gruesa de las calificaciones que son adoptadas con el fin de definir los aspectos principales de un *story-telling* judicial efectivo. Ver especialmente a Twining, *supra* n. 6, pp. 283, 288, 308, 310, 445.

158 Ver principalmente Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht a.o., 1989, p. 161.

159 Desde un punto de vista diferente, ver Coloma Correa, *supra* n. 50, p. 33, de acuerdo a quien las buenas historias son aquellas que están basadas en pruebas, y por lo tanto son verdaderas.

160 Ver *supra*, § 2.3. sub a).

161 Ver Twining, *supra* n. 6, p. 336.

162 Ver Menashe-Shamash, *supra* n. 21, p. 14.

163 Ver *supra*, p. 152.

164 Discuto extensamente este tipo de argumento en otro lugar. Ver Taruffo, *supra*, n. 24, p. 293. Un argumento similar es usado en metaepistemología, cuando se dice que como varias teorías científicas pueden referirse a los mismos hechos, entonces la elección entre ellas –tomadas como un conjunto holístico de afirmaciones- se basa en factores como la simplicidad, la utilidad y la coherencia de la teoría: ver, por ejemplo, Pino, *supra* n. 156, p. 96.

Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal*

Las consideraciones que iré desarrollando atañen , sobretodo, al proceso civil, aunque quizás una buena parte de ellas podría referirse también, con pocas variaciones , al proceso penal. Naturalmente, tendré presente de modo particular la situación italiana pero, bajo varios aspectos, muchos de los problemas de los cuales tengo intención de hablar son comunes a muchos países, bien con grados diversos de intensidad, bien en deferentes modalidades.

Con la finalidad de poner un mínimo de orden en la discusión de temas tan complejos, dividiré mi exposición en cuatro puntos fundamentales. Trataré , en primer lugar, de diferenciar dos nociones distintas de "racionalidad de la ley procesal". Posteriormente, trataré de determinar en qué consiste la crisis de la ley procesal, refiriéndome a estas nociones de racionalidad. Trataré después de determinar, al menos , algunos de los motivos de estas formas de crisis. Por último, dedicaré algunas reflexiones a la posibilidad de presentar remedios que pongan fin a la crisis o al menos que reduzcan su gravedad en alguna medida.

Por razones de tiempo y de espacio, mi exposición será extremadamente sintética y esquemática. Muchas de las cosas de las que hablaré serán únicamente enunciadas o puestas de manifiesto sin el análisis que

* Publicado en Revista de Filosofía del Derecho. DOXA, N 22 Año 1999 ISSN 0214-8676 www-cervantesvirtual.com

requerirían. Por ello, en muchos puntos, se correrá el riesgo de hacer afirmaciones genéricas o no justificadas adecuadamente. De todos modos, espero que el discurso en su conjunto parezca sensato.

2. El concepto de racionalidad puede relacionarse con la ley procesal en, al menos, dos sentidos principales, racionalidad como *coherencia* de la ley procesal y racionalidad como *funcionalidad* (o racionalidad *instrumental)* de la misma ley.

La coherencia de la ley procesal es una característica que se puede apreciar si imaginamos que se ponen todas las normas procesales de un ordenamiento en un mismo plano, como para componer un mosaico, y se verifica si las distintas partes de éste –sea a nivel de macroanálisis, sea a nivel de cada una de las particulares partes del mosaico- son recíprocamente coherentes. Desde esta perspectiva, se pueden apreciar algunas propiedades que puede presentar la ley, procesal, y se puede – hipotéticamente- establecer también en que grado estas propiedades están presentes en un sistema procesal dado. Estas propiedades son el *orden*, o sea, la secuencia en la cual vienen reguladas las actividades procesales (pero también las relaciones entre normas generales y disposiciones especificas), la *unidad*, que deriva de tratarse de normas que forman un contexto único con un núcleo de normas fundamentales y, posiblemente, pocas normas especiales (p. ej : un código procesal con pocas leyes o normas procedimentales situadas fuera de él); la *plenitud*, que se produce cuando la ley procesal regula todos los aspectos relevantes de los mecanismos procedimentales de un modo suficientemente analítico, dejando lo menos posible a la fantasía de los intérpretes; y la *simplicidad,* que existe cuando la ley regula de modo claro un procedimiento que se resuelve en un mecanismo relativamente no complejo. Quizás estas propiedades no agotan el concepto de racionalidad como coherencia de la ley procesal, pero tal vez pueda decirse que una ley procesal que

sea ordenada, unitaria, completa y simple en un nivel apreciable, es racional en una sensata acepción del término.

Se puede también decir que la ley procesal es racional en sentido instrumental si regula un procedimiento que sirve adecuadamente a los fines de la administración de justicia. Naturalmente, el juicio acerca de la racionalidad instrumental de un proceso varía en función de los fines que a éste se le asignen. Sin embargo, se puede estar de acuerdo en líneas generales en el hecho de que, si lo que se espera de un proceso son cosas como la actuación de la ley en el caso particular, la formulación de decisiones justas y la efectiva tutela de los derechos de los sujetos interesados, se puede encontrar, al menos, un punto de referencia general. Respecto a esta finalidad, se podrá decir, p. ej., que es racional un proceso que se desarrolle en un tiempo razonable, que incluya normas probatorias idóneas para lograr decisiones fácticas acertadas, que comprenda instrumentos para la realización efectiva de los derechos, que incluya remedios para el control relativo a la justicia de las decisiones, etc.

Naturalmente, estas dos nociones de racionalidad de la ley procesal no son del todo contrarias entre sí. Son distintas, no se implican recíprocamente (es posible imaginar una ley coherente pero ineficiente; es, por el contrario, difícil –pero no imposible- imaginar una ley procesal instrumentalmente racional pero no coherente), pero son perfectamente compatibles. se podría decir, más bien, que un sistema procesal óptimo es aquél en el cual la ley procesal es racional, tanto en el sentido de la coherencia como en el sentido de la funcionalidad instrumental respecto de los fines que se consideran propios de la administración de justicia.

3. La crisis que afecta a muchas legislaciones procesales es reconducible a una serie de razones. Algunas de ellas hacen referencia a la racionalidad

como coherencia de la ley procesal, mientras que otras se refieren a su funcionalidad instrumental.

En relación con la *crisis de coherencia,* se pueden subrayar, sobre todo, tres fenómenos, que se hacen particularmente evidentes en la experiencia de muchos sistemas procesales contemporáneos. Un primer fenómeno, hace referencia a la escasa posibilidad de asegurar el orden y la unidad de la ley procesal, pues prevalece la tendencia opuesta a la fragmentación y, por consiguiente, a la falta de orden sistemático. Son muchas las causas de este fenómeno , pero la principal –que merece ser subrayada- es la extendida tendencia a crear "estatutos privilegiados" de naturaleza procesal, para particulares grupos o categorías de personas.

Una de las consecuencias de la disfunción general del proceso (de la cual hablaré dentro de poco), y de la extrema dificultad de realizar reformas globales del derecho procesal, es la creación de procedimientos *especiales* (o de formas de "tutela diferenciada") que deberían ofrecer una mejor protección judicial de los derechos de determinados sujetos. El problema no es nuevo, pues hay ejemplos clásicos (hasta pensar en los *juridictions d'exception* en Francia), pero tras la segunda Guerra Mundial las manifestaciones son cad vez más numerosas. Además del caso tradicional del procedimiento de enjuiciamiento para la tutela rápida de los acreedores (o sólo de aquellos que gozan de prueba escrita de su crédito), se puede pensar en los procesos especiales para los conflictos laborales y, más recientemente, en los procedimientos para la tutela de los consumidores. En definitiva, la unitariedad del sistema procesal se rompe cada vez que el legislador tiene intención de sustraer determinados sujetos o grupos de sujetos el funcionamiento –a menudo ineficiente- de la ley procesal "general". Esto comporta, normalmente, una mejora en la satisfacción de los derechos de estos sujetos, pero tiene efectos críticos sobre el sistema globalmente entendido. En efecto, de un lado, se crean numerosas situaciones de tratamiento dispar desde el punto de

vista procesal, porque algunos sujetos (o, lo que es lo mismo, algunos derechos) son tutelados mucho mejor de lo que lo es el "normal" titular de una situación jurídica no privilegiada. De otro lado, hay presiones, por parte de grupos de sujetos, para la creación de "procesos especiales" cada vez más numerosos, cada uno referido a un grupo cualificado de sujetos, en una especie de "carrera de privilegios". El efecto global de esto es que el ordenamiento procesal asume una estructura "de piel de leopardo", con islas de tutela eficiente para determinados grupos sobre un fondo de tutela ineficiente reservada para el ciudadano "común" que no pertenece a un grupo privilegiado o no es titular de una situación jurídica privilegiada.

Un segundo fenómeno de crisis, es el relativo a la creciente *incompletitud* de la ley procesal. Frente a la siempre mayor complejidad de las relaciones sociales y económicas y, por tanto, de las situaciones jurídicas necesitadas de tutela jurisdiccional, el legislador procesal está frecuentemente atrasado en decenios respecto al surgimiento de los problemas que debe afrontar. Esto comporta un doble orden de consecuencias. Por un lado, aumenta el número de los sujetos (o de los derechos) que no vienen de hecho tutelados en vía jurisdiccional, porque faltan instrumentos procesales *ad hoc* (valga por todos el ejemplo de los intereses colectivos o supraindividuales) o porque existen lagunas y disfunciones tales que impiden de hecho el acceso a la tutela jurisdiccional (valga el ejemplo de la falta o ineficiencia de las normas para la defensa en juicio de los no adinerados). La ley procesal tiende, pues, a hacerse cada vez más incompleta, sea sobre el plano formal (o sea por la falta de normas que serían necesarias), sea sobre el plano sustancial (o sea, por la falta de funcionamiento de normas que ya existen formalmente).

Un tercer fenómeno de crisis hace referencia a la creciente *complejidad* y *confusión* de la ley procesal. La legislación procesal es cada vez peor y se

realiza de forma más apresurada. Muy frecuentemente, ésta emana del impulso de exigencias eventuales, o del intento de encontrar remedios rápidos a cada uno de los problemas de disfuncionalidad del sistema. Además, normalmente se introducen reformas parciales inciertas, inestables, porque están sujetas a rápidos cambios de pensamiento del legislador, confeccionadas al margen de todo diseño orgánico y sistemático de reforma del proceso.

Las tentativas de reforma del proceso civil realizadas en Italia entre 1990 y 1995, no terminadas todavía, y ya claramente fallidas en gran medida, son un buen ejemplo de este fenómeno. Otros países han sido más afortunados (me refiero a las reformas francesa y alemana en torno a la mitad de los años 70), o tratan de invertir esta tendencia (pienso en el *Anteproyecto* español de un nuevo código de procedimiento civil, que está actualmente en discusión). Sin embargo, permanece muy difundida la tendencia a elaborar normativas procesales muy complejas y diferenciadas, mientras se hace cada vez más difícil la individualización de modelos de procesos que sean bastante simples y bien definibles. Además, a menudo se tiene la impresión de una creciente confusión derivada de la dificultad de interpretar correctamente normas cada vez más vagas, fragmentarias y técnicamente defectuosas, de la casi total imposibilidad de distinguir principios y reglas especificas y de la frecuente presencia, en el mismo conjunto de normas , de orientaciones y finalidades opuestas.

No menos variadas y complejas son las manifestaciones de la *crisis de funcionalidad* de la ley procesal. Sobre todo, está muy generalizada (quizás con la única excepción de Alemania) la *crisis de efectividad* de la tutela jurisdiccional, que deriva esencialmente de los retrasos cada vez más largos de la justicia, frente a la creciente necesidad de soluciones rápidas y eficaces de las controversias. El dicho *justice delayed is justice denied*, es cada vez más aplicable a muchos ordenamientos, los periodos

largos, y a veces absurdos, de la justicia representan en gran medida el principal factor de de crisis del sistema procesal. La efectividad del proceso está en crisis también en aquellos países, como Gran Bretaña, que tradicionalmente eran señalados como modelos de rapidez y funcionalidad. Esto conlleva varias consecuencias relevantes. De un lado, se hacen cada vez más numerosas las áreas en las cuales, de hecho, no se administra realmente una justicia aceptable. Así, la elección más racional para el titular de un derecho consiste en no hacer valer este derecho en juicio porque el tiempo (y, por tanto, también los costos) necesarios para obtener una sentencia definitiva serían excesivos. Por lo tanto, se produce una sustancial elusión de la necesidad de tutela procesal y se vuelven ineficaces las garantías de acceso a los tribunales que están recogidas en numerosas Constituciones contemporáneas.

Pero la situación no es mejor para quien no se rinde desde el principio y va a juicio: varios años para obtener una sentencia en primera instancia, más otros años para el juicio de apelación, más otros años todavía para el juicio de casación y eventualmente algún año más para el juicio de reenvío, representan una experiencia desastrosa y costosa, en la cual, quien resulta realmente beneficiado es el deudor incumplidor que se lucra de las disfunciones de la justicia. Un aspecto muy importante de esta situación es que los inconvenientes y las disfunciones del sistema procesal no tienen –como es obvio- las mismas consecuencias para todos. Por un lado, como se ha señalado, hay sujetos o categorías de sujetos que disfrutan de formas de tutela privilegiadas frente a otros. Por otro lado, el inconveniente representado por los retrasos y los costes del proceso funciona de un modo muy diverso según el tipo de sujetos: el sujeto social y económicamente "débil" sufre en mayor medida las disfunciones del sistema, y será inducido más fácilmente a no tutelar sus derechos o a abandonar un proceso demasiado largo e ineficiente. No así el sujeto social y económicamente "fuerte" (como las "partes habituales" del proceso civil: aseguradoras, organizaciones de ventas,

grandes fabricantes, bancos , etc,) que tienen la posibilidad de hacer valer sus derechos sin problemas (incluso con operaciones de "política judicial" previstas expresamente), o de resistir el juicio hasta el final si son deudores (sobre todo si el acreedor es "débil"). Surgen, pues, numerosas citaciones de desigualdad, y por tanto de evidente injusticia, en el uso de los instrumentos procesales de tutela de los derechos.

Aquí hay, además, otro aspecto de la crisis de efectividad del sistema procesal que rápidamente va adquiriendo (sobre el ejemplo de Estados Unidos, pero con una fuerte difusión en Europa) una gran importancia. Se trata de fenómeno que ya se conoce comúnmente con el nombre de ADR (= *Alternative Dispute Resolution),* y que incluye, además de la figura tradicional del arbitraje, una serie de instrumentos de mediación y conciliación.

En sustancia, la crisis de funcionalidad de la administración ordinaria de justicia se convierte en un impulso muy fuerte para la búsqueda de formas "alternativas" de solución de controversias. el fenómeno es tan evidente, y tan grave, que en muchos casos (como en Italia, aunque la tendencia está muy difundida) es el propio legislador estatal quien prevé estas alternativas, con la esperanza de que muchas controversias se resuelvan "fuera" del proceso, y por lo tanto, que se reduzcan en alguna medid las dimensiones de la crisis de funcionalidad de la justicia ordinaria. se trata de una tendencia en fase de "expansión" en varios ordenamientos, y ya tan compleja que no es posible discutirla aquí ni siquiera de modo sumario. Me limito, por tanto, a señalar dos puntos que considero muy importantes: a) contrariamente a lo que muchos piensan, el creciente uso de formas de ADR no es un factor positivo, sino la señal evidente de la crisis de la justicia ordinaria: es un signo de patología, no de salud del sistema procesal; b) también contrariamente a lo que muchos piensan , no todo es bueno en el ámbito de los ADR. Se vienen señalando desde hace tiempo inconvenientes, injusticias,

degeneraciones y desigualdades en el funcionamiento de muchos instrumentos "alternativos", así que sería absurdo depositar en ellos una confianza indiscriminada. Al contrario, el problema actual en este sector consiste precisamente en determinar, y posiblemente eliminar, los defectos que en muchos casos se manifiestan.

En resumen, probablemente es imposible –ahora, y aún más en el futuro- prescindir de instrumentos de ADR. Sin embargo, no hay que olvidar que éstos representan, de todos modos, una solución "de reserva", si no de "serie B", respecto de la tutela jurisdicción de los derechos, y que no es raro que produzcan "malas "o injustas resoluciones de las controversias.

4. Siendo muy variadas y complejas las modalidades de crisis de la ley procesal, no es posible abordar en pocas líneas las razones de esta crisis, que son, a su vez, variadas y complejas. Se puede, sin embargo, tratar de determinar -obviamente en términos muy generales- los factores principales que de algún modo la explican.

Un primer factor importantísimo, al cual ya se ha hecho referencia, está representado por la violenta aceleración de las trasformaciones socio- económicas que se verifica desde hace ya algún decenio en todo el mundo, pero especialmente en las áreas más avanzadas. Este fenómeno produce importantes problemas en muchas áreas del derecho (desde el derecho contractual al derecho tributario), pero estos problemas son especialmente graves en el ámbito de la ley procesal. El legislador procesal se encuentra con mayores dificultades para reaccionar tempestivamente ante estas transformaciones, sea por razones institucionales (cada reforma del proceso afecta a los derechos fundamentales del ciudadano, a la función del juez, a la intervención del Estado en las controversias privadas, etc.), sea por razones prácticas (esencialmente derivadas del hecho de que es muy difícil garantizar un buen funcionamiento de la

justicia en condiciones de estabilidad socio- económica, y que esto se hace tendencialmente imposible en situaciones de rápida transformación). Estas dificultades se traducen en retrasos, lagunas, confusión, bajo nivel cualitativo de las normas y ausencia de un diseño orgánico en la base de la disciplina legal del proceso.

Un segundo factor muy importante, es el representado por la creciente influencia (y algunas veces por su prevalencia sobre otros factores) de estímulos "corporativos" de diversa naturaleza. Como ya se ha señalado, sucede cada vez con más frecuencia que ls decisiones de política procesal vienen determinadas por intereses de categorías o de grupos de sujetos: se trata, algunas veces, de los trabajadores dependientes, que obtienen un "proceso especial de trabajo" más rápido y eficaz; otras veces de los comerciantes, que mantienen tribunales propios (como los *tribunaux de comerce franceses)* o imponen reformas del arbitraje comercial que lo hacen más eficaz y ventajoso; de los consumidores , que solicitan u obtienen formas de tutela jurisdiccional colectiva , etc. Pero, con frecuencia, se trata de los intereses corporativos de las profesiones que operan dentro de la administración de justicia: a veces, reformas potencialmente eficaces del proceso, son impedidas por la oposición de estos profesionales, extremadamente atentos a evitar cualquier innovación que pueda incidir de algún modo sobre los intereses de los abogados (en Italia se han producido numerosos y significativos ejemplos de ello); además, no es raro que la magistratura favorezca o se oponga a reformas del proceso civil o penal, a veces en nombre de los valores generales relativos al buen funcionamiento de la justicia, pero también frecuentemente para la tutela de los intereses específicos de los jueces.

Una tercera razón de la crisis, está determinada por la falta de certeza que se manifiesta en torno a los fines fundamentales de la administración de justicia, y que se refleja "hacia atrás" en el modo de concebir y

configurar la ley procesal, provocando conflictos y confusiones. Por ejemplo, se concibe de manera diversa la racionalidad interna y funcional de una determinada disciplina del proceso penal, y se configuren de formas diversas eventuales reformas, según se considere que la finalidad del proceso penal sea la de llegar a la verificación y a la punición de los delitos o, en su lugar, se opine que el proceso sirve sobre todo al imputado para hacer valer sus defensas. En el ámbito del proceso civil, el modo en que se concibe la función y la estructura del modelo procesal (por ejemplo, a propósito de la distribución de los poderes entre el juez y las partes) varía profundamente, según se defina la función del proceso en términos de actuación del derecho sustancial en el caso concreto, o en términos de pura y simple resolución de controversias privadas entre sujetos privados. La falta de certeza sobre la definición de los fines del proceso, determina la crisis de la ley procesal en varios niveles. Por un lado, puede suceder que un modelo de proceso sea adecuado al fin A pero no al fin B, por lo que la elección entre una y otra regulación del proceso se hace imposible -o casual y, de todos modos, difícil- incluso en el plano de eventuales reformas. Por otro lado, se hace imposible establecer si un sistema procesal dado es o no instrumentalmente funcional (y, por lo tanto, si merece o no ser cambiado), ya que una valoración de este tipo presupone, al menos, un mínimo de acuerdo en torno a los resultados que con ese instrumento se querían conseguir.

En el trasfondo de estos problemas, está presente el hecho de que muchos ordenamientos se encuentran en una fase de transición socio – cultural más que de transformación económica global. En esta transición, muchos principios y valores fundamentales cambian de significado y vienen a configurarse en términos más vagos y, a menudo, conflictivos. Así, se pueden señalar importantes aspectos de la *crisis de la cultura jurídica* en general, que en este momento resultan incapaces de construir (o reconstruir) modelos conceptuales coherentes que puedan

ser usados como esquemas de referencia para nuevas leyes procesales racionales. Por ejemplo, algunos discuten si la "justicia del Estado" está siempre privilegiada respecto de las diversas formas de "justicia privada". Esto es, se pone en duda si el proceso debe concebirse todavía como un instrumento de justicia social y de tutela y realización de los derechos (sobre todo de aquellos pertenecientes a los sujetos "débiles") o si, por el contrario, debe ser considerado como una forma regular de combate o competición en la cual es justo y racional que venza el más fuerte. Como consecuencia de esto, también está en discusión la función institucional del juez , debiéndose decidir acerca de si es o debe ser árbitro del combate o *manager*, se discuten muchos problemas que hacen referencia a la estructura del proceso, estando abierta la elección entre modelos de diversa estructura, entre procedimientos ordinarios y procedimientos sumarios. Que surja esta variedad de temas de discusión, de opiniones y de contrastes es normal en una situación en la que los problemas que se refieren a la ley procesal se hacen cada día más importantes y complicadas. Lo que aquí interesa poner de manifiesto es, sin embargo, la situación de gran dificultad en lo que la cultura jurídica en general, y la del proceso en particular, se encuentra en este momento.

5. Frente al panorama trazado hasta ahora , puede parecer ingenuo pensar en los posibles remedios, siendo tantas y tales las razones de la crisis de la ley procesal. Pero no parece imposible trazar las líneas a lo largo de las cuales podría desarrollarse una reflexión orientada, bien a recuperar, bien a construir en términos nuevos y originales respecto al pasado, la racionalidad del proceso en una medida significativa, en los dos significados que se han distinguido al principio. Naturalmente, no es posible proponer aquí soluciones especificas a los infinitos problemas que origina la crisis de la ley procesal en los distintos sistemas.

Pero sí se pueden indicar tres direcciones de estudio y de reflexión que podrían ser útiles , al menos, para afrontar esta crisis. Ante todo,

es necesario una decidida mutación en la cultura procesalista, que debe superar una serie de actitudes obsoletas, formalistas, legadas por la dogmática tradicional. Esta mutación, ya en marcha aquí y allí en algunas áreas avanzadas de la doctrina procesal, debería seguir tres direcciones recíprocamente complementarias e integradas: la *globalización* del análisis, fruto indispensable del hecho de que muchos de los problemas que surgen tienen ya dimensiones que no se limitan a ordenamientos particulares, sino que tienden a afectar a nivel mundial a las instituciones judiciales y a las administraciones de justicia ; el empleo sistemático de la *comparación,* como método de análisis y de confrontación delas líneas de evolución de los diversos sistemas procesales y como instrumento para formular y hacer circular informaciones y posibles soluciones en relación con estos problemas; el estudio *interdisciplinario* de los relativos a la justicia y a la ley procesal, siendo ya evidente la necesidad de integrar el estudio técnico-jurídico tradicional con el método del análisis sociológico y económico y con las contribuciones que pueden provenir de otras áreas de la cultura , desde la epistemología hasta el análisis del lenguaje y la psicología.

Una segunda dirección debería ser la de la recuperación y la reformulación de los valores fundamentales y de los principios generales que se consideran válidos para el proceso civil y penal en los ordenamientos avanzados en este momento histórico y para un previsible futuro. Es necesaria una redefinición profunda y orgánica de los sujetos a los que hace referencia la administración de justicia, no siendo suficiente el concepto abstracto de "sujeto de derecho" o de "parte", y de los *intereses* o de las *situaciones jurídicas* que necesitan encontrar tutela en la ley procesal, no siendo adecuada la referencia al catálogo tradicional de los derechos subjetivos procedente de los códigos. Es necesario, además , un análisis más profundo de los derechos procesales y de las garantías constitucionales del proceso, en un cuadro socio-político en el cual, por un lado, no son suficientes las garantías meramente formales pero, por

otro lado , el discurso completo sobre los derechos y las garantías debe ser todavía completado en muchos ordenamientos.

Una tercera dirección es, en alguna medida, más específica, y hace referencia a una necesaria redefinición sistemática de los instrumentos de tutela procesal. Para mostrar sólo algunos ejemplos, se trata de aclarar la función de la tutela cautelar y sumaria respecto de la tutela ordinaria, par establecer hasta que punto se pueda extender la primera reduciendo el ámbito de la segunda, aunque sea la tutela ordinaria la que ofrece el máximo de garantías. O bien, se trata de reformular el problema de la actuación ejecutiva de los derechos sobre el plano de la exigencia de efectividad de la tutela, superando las lagunas y las ineficiencias que caracterizan a muchos ordenamientos procesales. Aún más , se trata de establecer cuando y sobre que materias resulta irrenunciable el recurso a la "justicia del Estado" y cuándo, en cambio, es razonable dejar espacio a formas alternativas, o bien cuándo es necesario acudir a la justicia "pública" y cuando , en cambio, es más oportuno el recurso a la justicia "privada".

El elenco de las tareas a realizar , así como de los problemas metodológicos y culturales que esperan a ser resueltos, podría continuar todavía más, pero no es ésta la ocasión para escribir un complejo "libro de los sueños ". Por otra parte , la experiencia muestra que la dialéctica entre racionalidad y crisis de la ley procesal no se sitúa en un momento especifico de la historia, sino que tiende a ser una suerte de historia sin fin, en cuanto reflejo de los cambios sociales , económicos y políticos que siempre vuelven a proponer nuevas "necesidades de justicia".

(Trad. de Mercedes Fernández López)

Las funciones de las Cortes Supremas*

1. Introducción.

Según la tradición, que se remonta esencialmente a Calamandrei y a su fundamental estudio sobre la Casación , una corte suprema desarrolla dos funciones fundamentales: efectúa ante todo un control de legalidad sobre las decisiones emanadas de los jueces inferiores, y además, opera en el sentido de asegurar la potencial uniformidad de la jurisprudencia, tanto propia como de los órganos jurisdiccionales de nivel inferior. Como es sabido, Calamandrei se ocupaba principalmente de la Casación, pero esta definición de las funciones de una corte suprema puede ser extendida no sólo a aquellas que siguen el modelo de la casación, sino también a todas las otras cortes supremas, de los ordenamientos del *civil law* y también de los ordenamientos del *common law* . En otros términos: todas las cortes supremas desarrollan estas dos funciones; sin embargo lo hacen con modalidades muy diversas, con efectos que son diferentes de caso en caso, y en particular con una mayor o menor acentuación de las funciones de control de legalidad respecto a la función que consiste en asegurar la uniformidad de la jurisprudencia, o viceversa. Esto equivale a decir que no es suficiente individualizar, en términos generales, las dos funciones para agotar la descripción de aquello que las cortes supremas hacen, y sobre todo, que es oportuno profundizar en el análisis de las

* Presentación del autor en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mar del Plata, República Argentina, en Noviembre de 2007

modalidades específicas con que aquellas desarrollan sus competencias institucionales.

Es claro, sin embargo, que no resulta posible afrontar aquí un examen comparativo que incluya todos los aspectos relevantes de la actividad de todas las cortes supremas; para lo cual existe una amplia literatura que describe el funcionamiento de tales cortes en los diversos ordenamientos. De todos modos, se puede adoptar una prospectiva que consienta comparar los modelos principales de corte suprema, haciendo referencia a la modalidad con que las diversas cortes desarrollan las dos funciones antes indicadas, y reseñando los principales ordenamientos en que tales modelos actúan. Con una fuerte dosis de simplificación, se pueden identificar tres modelos principales: el modelo angloamericano, el modelo alemán y el modelo franco-italiano. Vale la pena delinear las características fundamentales de estos modelos, individualizando también las principales diferencias que atañen al rol que las cortes supremas más representativas de cada modelo desarrollan en el ámbito de sus respectivos sistemas jurídicos.

2. El modelo angloamericano.

Las dos principales cortes supremas de los ordenamientos del *common law*, o sea, la *House of Lords* inglesa y la *Supreme Court* de los Estados Unidos, desarrollan la función relativa al control de legalidad sobre las sentencias pronunciadas por los jueces inferiores, especialmente las *Courts of Appeal* de sus respectivos sistemas. Más aún, se puede decir que ésta es su principal función institucional, dado que ellas se ocupan sólo de cuestiones de derecho (incluidas, sobre todo en el caso de la corte estadounidense, las cuestiones de constitucionalidad), también decidiendo sobre el mérito de los casos individuales en última

instancia. Estas cortes no se ocupan, en realidad, de los hechos de la causa, por lo que su tarea fundamental consiste, precisamente, en aquello que nosotros definiremos como verificación de la legalidad o de la legitimidad –también constitucional- de la decisión impugnada. El aspecto más relevante de la modalidad con la cual dicha tarea viene desarrollada, se asienta en el hecho de que éstas cortes, en la formulación de sus decisiones, no se limitan a controlar si la decisión impugnada contiene errores de derecho sustancial o procesal, sino que –aunque sea decidiendo sobre el caso individual- se orientan hacia aquello que podría definirse como la *legalità futura*, o sea la definición de la correcta interpretación y aplicación de las normas que serán objeto de juicio en casos sucesivos en que las mismas normas podrían ser relevantes para la decisión. En otros términos, estas cortes interpretan sus funciones no sólo en el sentido que se trata de obtener una solución jurídicamente correcta del caso singular, sino también –y sobre todo- en el sentido de proyectar tal solución sobre casos sucesivos, estableciendo criterios a los cuales los futuros jueces de casos iguales o análogos deberán atenerse. Bajo este perfil se evidencia la función que nosotros llamaremos de uniformidad de la jurisprudencia: de hecho, si ésta proyección hacia los casos futuros tiene éxito, la consecuencia es que habrá una jurisprudencia uniforme, fundada sobre la aplicación relativamente constante de los mismos criterios de decisión.

Está claro que en esta prospectiva, el corazón del sistema, es decir el instrumento fundamental del cual se sirven las cortes supremas del *common law* y que utilizan para desarrollar sus funciones, es el precedente judicial: es la eficacia de precedente de las sentencias de éstas cortes el factor que "expande" el ámbito de aplicación sucesiva de la solución que la corte ha dado a una cuestión de derecho, indicando tal solución como criterio tendencialmente uniforme de interpretación de la ley. No es inútil observar *incidenter* que esto no ocurre –contrariamente

a lo que a menudo se sostiene- en razón de la eficacia vinculante del precedente en los sistemas inglés y norteamericano: el precedente no es formalmente vinculante ni siquiera en los sistemas del *common law* , por lo cual es oportuno hablar de eficacia o de "fuerza" persuasiva de este precedente, en lugar de hablar de su carácter vinculante.

De todos modos, el precedente de la *House of Lords* (aún no siendo formalmente vinculante ni siquiera para la misma corte, al menos después del *Practice Statment* de 1996), es dotado de una notable eficacia persuasiva, y por lo tanto, influye de hecho en modo determinante sobre las decisiones sucesivas; también los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que tampoco son formalmente vinculantes, están dotados de una relevante eficacia persuasiva e inciden de manera notable sobre las decisiones sucesivas de los órganos judiciales inferiores. Parece justo, por lo tanto, decir que éstas cortes son esencialmente *corti del precedente* , ya que su función principal consiste en "*governare i precedenti*" determinando cuáles son las normas, y según qué interpretación están destinadas a operar como reglas de juicio tendencialmente uniformes en el ámbito de la jurisprudencia sucesiva.

Que ésta sea la función esencial de las cortes que estamos examinando, y que, por lo tanto, el propósito de asegurar la uniformidad de la jurisprudencia prevalezca por mucho sobre el control de legalidad de las decisión individual impugnada, resulta evidente por dos elementos que vale la pena subrayar (y que representan, en realidad, dos caras de la misma moneda).

El primero de estos elementos, está constituido por el poder, que estas cortes tienen, para escoger los casos que las propias cortes consideran deben decidir. La Corte Suprema de los Estados Unidos utiliza el denominado *certiorari* con plena e ilimitada discrecionalidad, estableciendo cuáles son los casos que se entienden merecedores de

consideración y decisión, y ésta elección –positiva o, como sucede en la mayor parte de los casos, negativa- no requiera motivación. Sin embargo, si se toman en consideración las situaciones en que la Corte normalmente " *decide di decidere* " se ve que ella sigue criterios que conciernen propiamente al " *governo dei precedenti* ". Se trata, de hecho, de casos en que: a) la corte considera necesario establecer cuál es la solución correcta de una cuestión de derecho novedosa (como por ejemplo la interpretación de una norma recién entrada en vigor), para evitar incertidumbres y opiniones divergentes; b) la corte considera necesario resolver un conflicto de jurisprudencia surgido en las cortes inferiores; c) la corte pretende superar y dejar de lado un viejo precedente, aún establecido por el mismo tribunal, que por varias razones aparece inadecuado y viene por tanto *overruled*, brindando una nueva solución a la misma cuestión de derecho. El *certiorari* es, por lo tanto, el instrumento del cual se sirve la Corte para confirmar, aclarar o modificar la interpretación de las normas del ordenamiento: si el reexamen de una cuestión es denegado, esto significa que la Corte no tiene intención de cambiar la orientación interpretativa preexistente; si es admitido, significa que la corte pretende " *dire la sua* " fijando un nuevo precedente.

El segundo elemento que se toma en consideración, y que está directamente ligado al poder discrecional de elegir los casos que merecen ser decididos, es el número limitado de decisiones que estas cortes emiten. Actualmente, la *House of Lords* pronuncia menos de 100 sentencias al año, y la corte suprema de los Estados Unidos menos de 200, con una línea de tendencia que va en el sentido de una progresiva reducción del número de casos que vienen tomados en consideración. La cantidad tan reducida de decisiones dictadas por estas cortes tiene algunas implicaciones bastante relevantes.

En primer lugar, esto demuestra el hecho de que es posible, para una corte suprema, tener bajo control la legalidad global del sistema jurídico aún pronunciando un número de sentencias sumamente reducido cada año. Naturalmente, tal posibilidad se asienta sobre la premisa de que cuando una corte suprema establece un precedente, éste sea efectivamente seguido por los jueces inferiores que deciden los casos sucesivos, y –al menos tendencialmente- por la misma corte suprema, es decir en el hecho que el precedente resulte realmente capaz de condicionar las decisiones sucesivas asegurándoles un elevado grado de uniformidad. De este modo se evita que la misma cuestión venga decidida muchas veces de manera diferente por los jueces inferiores, y por lo tanto se reducen sustancialmente las ocasiones en las cuales la corte suprema tiene necesidad de intervenir. Además, si la misma corte suprema evita cambiar de idea demasiado seguido, se obtiene una continuidad en la interpretación del derecho, que por un lado desalienta a las partes a dirigirse a la corte si no existen serias posibilidades de inducirla a cambiar de orientación y, por el otro, introduce un apreciable grado de continuidad y estabilidad en la jurisprudencia, tanto de la propia corte como de los órganos judiciales de nivel inferior.

La experiencia de las cortes supremas del *common law* demuestra, además, que la eficacia del precedente, y por lo tanto su capacidad efectiva de orientar en modo uniforme las decisiones sucesivas, es inversamente proporcional al número de precedentes establecidos por las mismas cortes supremas. Comparados con la torrencial jurisprudencia de varios ordenamientos del *civil law* , los precedentes de los ordenamientos del *common law* son poquísimos. La razón es que las cortes supremas de éstos ordenamientos deciden sólo cuando tienen algo nuevo para decir, es decir, cuando consideran que hay necesidad de establecer un nuevo precedente, y no están obligadas a pronunciarse todas las veces en que viene propuesta una impugnación: son de hecho las cortes, y no las

partes, las que tienen a su cargo " *governare i precedente* ". Las cortes pueden obviamente decidir si modifican sus precedentes propios, pero esto ocurre bastante poco, y habitualmente sólo cuando existen razones efectivas y relevantes como para dejar de lado orientaciones preexistentes. Por lo tanto, si el precedente es verdaderamente eficaz, no existe ninguna necesidad de decidir la misma cuestión decenas o centenares de veces: mientras que el precedente se sostenga no es necesario volver continuamente sobre la misma cuestión; cuando el precedente viene superado, para hacerlo basta una sola decisión, porque una sola decisión es suficiente para determinar el cambio de la jurisprudencia.

Cortes que desarrollan su función con esta modalidad, y que por lo tanto se pronuncian sólo cuando lo consideran realmente necesario, no requieren de muchos jueces: los miembros de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de hecho, son solamente nueve, como también son poco numerosos los miembros de la *House of Lords* . Esto significa ventajas organizativas fácilmente perceptibles. De ello deriva, además, que es más fácil para estas cortes comportarse de manera coherente, que puedan evitarse los conflictos sincrónicos con respecto a su propia jurisprudencia, y se efectúen variaciones diacrónicas en su orientación, en modo mediato, sólo cuando se identifican razones particularmente relevantes como para hacer a un lado sus propios precedentes. En sustancia: pocos jueces que deciden pocos casos están en grado de producir una jurisprudencia coherente, fácil de conocer, y sobre todo acreditada y capaz de influenciar –en el sentido de una razonable uniformidad- la jurisprudencia sucesiva.

En cuanto a la denominada *nomofilaquia*, la experiencia de las cortes angloamericanas muestra muy claramente que para desarrollar un efectivo control de legitimidad, y para hacer que la ley sea aplicada en modo correcto y según la interpretación que aparece preferible, no es para nada necesario resolver miles de casos, y mucho menos verificar

analíticamente si la ley estuvo correctamente interpretada y aplicada en cada caso decidido por las cortes inferiores. Al contrario, estas cortes practican aquello que se podría definir como *nomofilachia per precedent*, es decir, efectúan una correcta aplicación de la ley fundándose en la eficacia intensa y difusa que sus precedentes manifiestan sobre las decisiones sucesivas. Se trata, por lo tanto, esencialmente, de una *nomofilachia rivolta al futuro* , puesto que la decisión del caso pasado es en sustancia la ocasión que éstas cortes utilizan para decir como las normas *dovranno* ser interpretadas y aplicadas.

3. El modelo alemán.

El modelo alemán, que viene sustancialmente seguido también en otros países europeos como Austria y Suecia, y en particular en los países escandinavos, muestra con claridad la evolución de un sistema de *civil law* desde una concepción de la función de una corte suprema de tipo continental, originariamente orientada a desarrollar, en esencia, un control de legitimidad, respecto al cual podía configurarse como secundaria la función de unificación de la jurisprudencia, hacia una concepción de una corte suprema orientada hacia el precedente, es decir, orientada a desarrollar principalmente una función de unificación de la jurisprudencia. El *Revisionsgericht* alemán era, en realidad –y así permanece- una corte de tercera instancia, pero no hay dudas de que se trata de un tribunal que ejercita esencialmente un control de legitimidad, sustancial y procesal, sobre la sentencia impugnada, en modo sustancialmente no diverso de aquello que ocurre ante otras cortes supremas.

La característica principal del actual modelo alemán consiste sin embargo en el hecho de que la corte de *Revision* dispone ahora de un

amplio *potere discrezionale* para seleccionar los recursos que considera que debe decidir. Ya en el pasado, el acceso al *Revisionsgericht* era limitado, sea por la previsión de una *summa gravaminis* bastante elevada, así como por el poder discrecional de la corte de no tomar en consideración la impugnación en algunos casos; sin embargo, continuaban siendo numerosas las hipótesis en que las partes tenían el derecho de acceder a la corte suprema. Esta disciplina resultó fuertemente racionalizada y simplificada por una reforma del 2001, en la cual fue establecido que la impugnación a la corte de *Revision* será admitida sólo cuando conlleve una cuestión de derecho de *fondamentale importanza* (*grundsätzliche Bedeutung*), o cuando una decisión de la corte de *Revision* se muestre necesaria para la evolución del derecho o para generar una jurisprudencia uniforme.

La existencia de estos requisitos es evaluada, ante todo, por la corte de apelación que pronunció la sentencia en cuestión. Si el resultado de tal evaluación es positivo, ella es vinculante para la corte suprema, que, por lo tanto, debe tomar en consideración la impugnación y decidir sobre ésta. Si, en cambio, la corte de apelación deniega la autorización porque considera que no concurren las condiciones para una decisión de la corte suprema, entonces las partes podrán solicitar a ésta última la autorización para presentar la impugnación.

Este modelo exhibe algunos aspectos de notable interés. Sobre todo, como recién hemos observado, la admisión del recurso de *Revison* depende de la evaluación que con amplios márgenes de discrecionalidad es formulada por la corte de apelación o bien por la corte suprema. Por lo tanto, no existe ninguna situación en que las partes dispongan de un derecho incondicional de dirigirse al *Revisionsgericht* . Además, la configuración de los motivos en base a los cuales la impugnación dirigida a esta corte puede ser admitida, pone en evidencia que la verificación de la correcta aplicación de la ley en el caso específico, representa ya una

función secundaria. La función primaria que ahora viene atribuida a la corte suprema es aquella de " *governare la legalità* " del sistema jurídico en su conjunto por medio de sus sentencias.

Por un lado, de hecho, resulta evidente que la "fondamentale importanza" de la cuestión de derecho sobre la cual la corte deberá decidir no es proporcional al interés particular de las partes en la causa, sino que es evaluada en función de la oportunidad de que la corte intervenga resolviendo un problema que no puede permanecer en un estado de incertidumbre. El hecho de que no se trate de la importancia que la cuestión pueda tener para las partes da a entender claramente que la corte interviene cuando resulta necesario que ella establezca un precedente, de modo que la cuestión de " *fondamentale importanza* " sea resuelta autoritariamente por el órgano jurisdiccional supremo. Es fácil advertir que también aquí se trata de decisiones "" *rivolte al futuro* ", es decir orientadas a lograr que la misma cuestión sea resuelta por jueces sucesivos siguiendo las indicaciones dadas por la corte suprema. Un discurso similar puede ser efectuado a propósito de la otra situación en que se admite el recurso al *Revisionsgericht*, o sea el caso en que una decisión de la corte es necesaria para la evolución del derecho. Está claro que no se tiene alguna *Fortbildung des Rechts* por el solo hecho de que un caso singular sea decidido por la corte suprema, la encontramos si se produce una evolución del derecho en la medida en que tal decisión se encuentre en grado de condicionar la jurisprudencia sucesiva. Todavía más clara es la finalidad en la que se inspira la tercera hipótesis, por la cual se admite el recurso a la corte suprema, es decir el caso en que la intervención de la corte resulta necesaria para tornar uniforme la jurisprudencia. También aquí, de hecho, es a través de la eficacia de precedente de las decisiones de la corte que se logra uniformar jurisprudencia que, hasta ese momento, era conflictiva o contradictoria.

Tenemos, entonces, que la naturaleza de la tarea desarrollada por la corte suprema alemana no ha sido sustancialmente modificada, ya que se asienta siempre en un control de legalidad. No obstante, este control resulta orientado esencialmente a la creación de precedentes capaces de tornar uniforme la jurisprudencia sucesiva. Encontramos también en este caso, por lo tanto, la *nomofilachia per precedenti* a la cual nos referimos cuando hablamos de las cortes del *common law*.

Respecto a la experiencia de estas cortes, sin embargo, el modelo alemán muestra al menos dos peculiaridades que merecen ser subrayadas. La primera de ellas deriva del hecho que, como vimos, las cortes supremas del *common law* gozan de una discrecionalidad sustancialmente ilimitada en la elección de los casos que consideran oportuno decidir. Es verdad que en la práctica –como también fue apuntado- esta discrecionalidad resulta guiada por algunos criterios en cierta medida identificables, pero permanece el hecho de que ésta no encuentra ningún límite establecido por la ley. Viceversa, como se ha visto, el sistema alemán es muy claro y preciso en la formulación de criterios cuya aplicación concreta deja siempre –también a la misma corte suprema- un espacio de discrecionalidad bastante amplio, pero que cuenta con una precisa determinación normativa. Es esta determinación la que permite definir con claridad cuál es la función fundamental que el sistema confía a la corte suprema. Se trata no tanto de un *controllo* como de un *governo della legalità* que la corte realiza por medio de sus propios precedentes.

La segunda peculiaridad del sistema alemán, respecto a los sistemas del *common law*, es que la aplicación de los criterios de selección del caso establecidos en la ley, permite al *Revisionsgericht* (con la participación de las cortes de apelación) tener bajo control el número de recursos que llegan a ser decididos. Sin embargo, la selección operada en el sistema alemán resulta ser mucho menos restrictiva que aquella efectuada en las cortes angloamericanas: se trata de hecho no de muy pocos centenares

de casos, sino de algunos millares cada año. Este dato aparece más coherente, bajo muchos aspectos, con la tradición de los sistemas del *civil law* , en los cuales la intervención de la corte suprema no es una *rara avis* destinada a hacer su aparición sólo en muy pocos casos excepcionales, sino un evento "normal" en la vida del ordenamiento. Se puede decir, por lo tanto, que en los sistemas de tipo alemán la participación de las cortes supremas en la evolución del ordenamiento es mucho más constante y continua, aunque la autoridad de estas cortes, y la eficacia de sus precedentes, no parecen de menor grado respecto a la intensidad que caracteriza ambos fenómenos en los sistemas del *common law*.

4. El modelo franco-italiano.

El modelo francés, seguido en otros ordenamientos y en particular en Italia, gira en torno de la Corte de casación. Como es bien conocido, se trata de una corte que ejercita típicamente una función de control de legitimidad, que, en línea de principio, no se expide sobre el mérito de la causa y remite la decisión –cuando anula la sentencia impugnada- a otro juez inferior. No es entonces extraño que la función de *nomofilaquuia sea* atribuida en forma particular a las cortes que están estructuradas según el modelo inicialmente constituido por la *Cour de cassation* francesa, que fue precisamente creada con la tarea de verificar la correcta interpretación y aplicación de las normas de derecho. Como existe desde hace tiempo una vasta literatura sobre la historia, la estructura y el funcionamiento de las cortes de casación, no resulta necesario profundizar aquí el análisis comparativo de las aplicaciones que el modelo en cuestión ha tenido en muchos ordenamientos.

No obstante, vale la pena apuntar algunas consideraciones que consienten trazar una sintética comparación con los modelos angloamericano y alemán. Tales consideraciones conciernen en particular al fenómeno de

los precedentes producidos por estas cortes, su número y eficacia, y la modalidad con que ellas desarrollan su función fundamental de control de la legitimidad sustancial y procesal de las decisiones dictadas por las cortes de nivel inferior.

Una primera observación que cabe formular es que tanto la *Cour de cassation* francesa como la *Corte di cassazione* italiana, se encuentran desde hace ya mucho tiempo frente a una cantidad excesiva de recursos, y por lo tanto con la necesidad de pronunciar un número increíblemente elevado de sentencias. En Francia esto llevó, con el transcurso del tiempo, a varios tentativos orientados a introducir formas de selección de los recursos que deberían ser sujetos a decisión de la corte, pero todos estos tentativos fueron fallidos: actualmente no existe " " alguno para los recursos que son llevados a examen de la *Cour de cassation* . La consecuencia es que la corte tiene el deber de decidir un número muy elevado de casos: éstos fueron alrededor de 32.000 en el año 2006, de los cuales más de 22.000 versaban sobre materia civil. La diferencia cuantitativa entre la situación francesa y aquella alemana, pero sobre todo entre la situación francesa y aquella de las cortes supremas del *common law* , es clamorosa y conlleva algunas consecuencias, entre las cuales se encuentra el hecho de que los magistrados miembros de la corte son casi 200. El legislador francés ha intentado recientemente afrontar este problema, pero sin recorrer el camino de la selección preventiva de los recursos. En una reforma del *code de l'organisation judiciare* introducida en el 2006 fue previsto que cada recurso debía primero ser examinado por un colegio de tres jueces pertenecientes a la *chambre* a la cual había sido asignado el caso: si la decisión a tomar es simple e inmediata (*si la solution du pourvoi s'impose*) ella es pronunciada rápidamente; si en cambio el caso es más complejo, éste es devuelto a la *chambre* , que actuará a través del procedimiento ordinario. Esta reforma es demasiado reciente para evaluar sus efectos

concretos: es probable que ella contribuya a agilizar el funcionamiento de la corte y a reducir los tiempos de la decisión, al menos en los caso más simples; queda sin embargo el hecho de que el número general de las impugnaciones dirigidas a la *Cour de cassation* está destinado a permanecer muy elevado. Parece de todas maneras que, aún con algunos problemas de funcionalidad, la *Cour de cassation* se encuentra en grado de desarrollar en modo bastante eficaz la función de control de legitimidad que constituye su tarea fundamental. También resulta que, aún cuando los jueces de mérito tienden, no en pocas ocasiones, a rebelarse contra las decisiones de la corte suprema, sin embargo los *arrêts* que ella pronuncia están dotados de un elevado grado de autoridad, y por lo tanto representan precedentes dotados de una notable capacidad para incidir sobre la jurisprudencia sucesiva. Esto implica que también la función de uniformidad viene desarrollada de manera relativamente eficaz, y que por tanto se realiza también en el sistema francés –mas allá del número elevado de pronunciamientos de la corte- una *nomofilachia per precedenti*.

Vale la pena ahora dedicar alguna observación sumaria al sistema italiano de la *Corte di cassazione* . Este, de hecho, encuentra su origen histórico en el sistema francés, pero ha venido desarrollando, sobre todo en las últimas décadas, características autónomas que deben ser subrayadas. Por un lado, reformas recientes introdujeron primero y después extendieron, las hipótesis en las cuales la Corte puede pronunciarse sobre el mérito de la controversia. Se trata de un parcial pero decisivo desplazamiento en la dirección de una corte de tercera instancia, y por lo tanto de un relevante alejamiento del modelo originario de una corte de casación destinada a ejercitar solamente un control de legitimidad sobre la decisión impugnada. Esta tendencia evolutiva es sumamente relevante bajo muchos perfiles, pero no implica de por sí un cambio radical en la función principal atribuida a la corte: ella, de

hecho, continúa siendo un órgano de nomofilaquia, que desarrolla un control de legalidad sustancial y procesal sobre sentencias que vienen sujetas a su examen.

Por otro lado, se mantiene también en Italia la falta de filtros en base a los cuales seleccionar los casos que alcanzan a la Corte , situación que presenta problemas todavía más graves de aquellos que vimos hace un momento a propósito de la *Cour de cassation* francesa. Ante todo, cabe recordar que el actual art. 111 párrafo 7 de la Constitución Italiana, prevé la posibilidad que cada sentencia sea impugnada con el recurso de casación. De ello deriva una suerte de derecho subjetivo individual, constitucionalmente garantizado, para obtener de la corte una decisión sobre cada impugnación que a ella venga ritualmente propuesta. Dada la presencia de esta norma general, nunca fue llevado adelante algún tentativo real de introducir mecanismos de selección de los recursos con la finalidad de reducir la carga de trabajo de la Corte. El problema es gravísimo, sin embargo, porque la *Cassazione* italiana constituye desde este punto de vista una especie de *monstrum* que probablemente no encuentra equivalente en ningún otro sistema procesal. La realidad es que la Corte se pronuncia sobre más de 50.000 sentencias cada año: en el 2006 las sentencias pronunciadas en materia civil fueron más de 30.000.

Una situación de este tipo parece increíble, pero resulta desgraciadamente real, y genera un gran número de inconvenientes: largos tiempos para la decisión de los recursos, dificultades organizativas de distinto género, así como la necesidad de contar con una corte suprema compuesta por cerca de 500 magistrados. Los problemas principales atañen, sin embargo, justamente al desarrollo de las funciones esenciales de la corte.

Se mantiene fuera de duda que la *Corte di cassazione* desarrolla una función de control de legalidad. Sin embargo, la realidad es que este control se efectúa sólo sobre el caso particular y concreto que fue objeto

del recurso, y *solamente* sobre las cuestiones específicas que surgieron de aquel caso. Como fue señalado, de esta manera la corte se reduce a desarrollar una función esencialmente *privatísta*, en cuanto responde a la exigencia de las partes privadas de la controversia particular de encontrar una solución final a la cuestión planteada. En muchos casos, el recurso de casación no es más que la *ultima ratio* de un sujeto que no se resigna a la derrota sufrida frente al juez de mérito, y que va en busca de mejor fortuna ante de la corte suprema. La corte, en cambio, no desarrolla la función *publicísta* que debería consistir en la resolución de las cuestiones de interpretación y aplicación del derecho que puedan tener una eficacia de carácter general, mas allá del interés individual de las partes, en el sentido de influenciar la evolución del derecho incidiendo sobre las decisiones de los casos sucesivos. En realidad, la *Corte di cassazione* tiene (en base al art. 65 de la ley de ordenamiento judicial hasta ahora vigente) no sólo el deber de asegurar "la exacta observancia", sino también "la uniforme interpretación de la ley", es decir la uniformidad de la jurisprudencia. Puede intuirse que es prácticamente imposible cumplir con este deber pronunciando decenas y decenas de miles de sentencias cada año. Si de hecho resulta cierto, como señalamos a propósito de las cortes del *common law* , que la eficacia de los precedentes es inversamente proporcional a su número, y que la limitada cantidad de precedentes producidos por aquellas cortes es lo que confiere a su jurisprudencia la autoridad, estabilidad y coherencia también apuntada, es claro que los términos de la situación se invierten en la realidad italiana. Por un lado, si hay decenas, centenares, o millares de pronunciamientos que se suceden sobre la misma cuestión de derecho, la eficacia de la decisión singular no puede ser más que reducida. Por otro lado, es inevitable que se trate de una jurisprudencia tumultuosa, desordenada, escasamente previsible y –sobre todo- tendencialmente contradictoria: hace tiempo, de hecho, se denuncia la presencia frecuente y verdaderamente excesiva de conflictos

sincrónicos y diacrónicos en el ámbito de una jurisprudencia caótica y fragmentaria. También la función racionalizadora y ordenadora que deberían desarrollar las Secciones Unidas de la corte (que se pronuncian principalmente cuando se trata de resolver contrastes manifestados en la jurisprudencia de las sesiones simples, o sobre recursos que presenten una cuestión de particular importancia, art. 374 cod. proc. civ.) termina por ser relativamente poco eficaz: también las Secciones Unidas, de hecho, son llamadas a pronunciarse sobre un número elevado de sentencias, y aún estos pronunciamientos, que teóricamente deberían tener una eficacia fuerte de precedente, en realidad se hunden en el *mare magnum* de la jurisprudencia aluvional de la corte. En un contexto de este tipo parece difícil hablar de eficacia de los precedentes en sentido propio. Más bien se habla de jurisprudencia para aludir –precisamente- a un conjunto excesivo, desordenado y a menudo incoherente de sentencias, en el cual –como acontece en los *shopping malls* - cada uno, antes o después y con un poco de paciencia, encuentra todo aquello que le sirve (y también su contrario).

De frente a los problemas apuntados, el legislador ha intervenido en el 2005-2006 con una reforma que se ocupó de varios aspectos del procedimiento de casación, con el declarado intento de reforzar la función de *nomofilaquia* de la corte. Se podría haber pensado que una reforma destinada a conseguir este propósito introduciría algún mecanismo capaz de reducir en modo sustancial el número de las situaciones en que la corte es llamada a pronunciarse, y por lo tanto a incrementar la eficacia de precedente de sus decisiones. El legislador, en cambio, se ha movido en la dirección exactamente opuesta: no sólo no introdujo modalidad alguna de selección preventiva para los recursos, sino que multiplicó de una manera difícilmente calculable –aunque ciertamente relevante- el número de pronunciamientos que la corte es llamada a dictar sobre cuestiones de derecho. Se ha previsto, de hecho,

que la corte formule específicamente " *principi di diritto* " (es decir, resuelva explícitamente cuestiones de derecho), no sobre cada recurso sino sobre *ogni motivo di ricorso* . Ella debe por lo tanto expresarse en la forma de " *principi di diritto* " varias veces en la decisión sobre la misma impugnación, aún cuando rechace el recurso, y también –por iniciativa del procurador general ante la corte- sobre materias respecto a las cuales las partes no estarían siquiera legitimadas para proponer el recurso en casación.

Resulta, por lo tanto, evidente que el legislador del 2005-2006 se inspiró en una concepción muy peculiar de la *nomofilaquia*: no la *nomofilaquia* a través de los precedentes (en la cual había pensado Calamandrei ya en 1920), sino todo lo contrario, es decir una *nomofilaquia* de la *cuestión específica planteada por cada motivo singular de cada recurso* propuesto ante la corte. El legislador, por lo tanto, ha imaginado un control de legitimidad omnipresente, de difusión homogénea, destinado a ser ejercitado sobre cada cuestión de derecho elevada por cualquiera de las partes: se trata de una visión extrema –casi como una pesadilla- de la función nomofiláctica, que deviene absolutamente prevaleciente respecto al resto de las funciones institucionales de la corte suprema. Esto torna marginal y casi imposible de ejercitar la función consistente en asegurar la uniformidad de la jurisprudencia, es decir la función consistente en la producción de precedentes dotados de efectiva fuerza persuasiva y capaces de influenciar la decisión de los casos sucesivos. Si resulta cierto, como hemos ya señalado, que la fuerza del precedentes es inversamente proporcional al número de precedentes, entonces es fácil deducir que la eficacia de cada singular "*principio di diritto*" pronunciado entre no se sabe cuántas decenas de miles de otros principios de derecho enunciados cada año, no puede más que ser tendiente a cero. Naturalmente, una situación de este género tiene sus costos: la jurisprudencia de la misma *Corte di cassazione* , y con mayor razón aquella de los jueces inferiores,

no puede más que convertirse en algo cada vez más pletórico, variable e incoherente.

5. Conclusiones.

De la descripción sintética de los tres modelos que fueron tomados en consideración pueden extraerse algunas conclusiones.

Ante todo, resulta confirmado que todas las cortes supremas desarrollan una función de control de legalidad, pero también que esta función es desarrollada con modalidades y con técnicas profundamente diversas. Bajo este aspecto, parece muy difícil trazar un paralelo entre los dos ordenamientos que se ponen en los polos extremos de las posibles variantes, es decir la *House of Lords* inglesa con sus menos de 100 casos decididos cada año, y la *Corte di cassazione* italiana con sus más de 50.000 sentencias anuales, sin contar el número aún mayor de " *principi di diritto* " que ahora vienen requeridos a la Corte. Es verdad que estas dos cortes cuentan con una evolución histórica completamente diversa que las torna difíciles de comparar, pero de todos modos debe considerarse que tanto Inglaterra como Italia forman parte de la misma Unión Europea. Más allá de estas fuertes diferencias, cabe señalar que en los ordenamientos del *civil law,* se advierte una línea de tendencia bastante evidente, presente en numerosos ordenamientos pero respecto de la cual permanecen extraños el francés y el italiano. Esta línea de tendencia se expresa de manera muy interesante –como fue señalado- en el sistema alemán, en el cual el *Revisionsgericht* desarrolla una función de nomofilaquia ciertamente comparable a aquella que es efectuada por las otras cortes supremas continentales, pero que se configura, ya sin lugar a dudas, como una verdadera y propia " *corte del precedente* ". Como también se ha visto, este fenómeno no presupone una imitación o una

recepción pasiva de los modelos del *common law* , que continúan siendo difícilmente exportables fuera de su contexto histórico e institucional originario, pero es el resultado de una evolución normativa inspirada en la idea fundamental de que la legalidad debe ser perseguida de manera eficiente, racional y coherente, es decir, a través de una selección razonable en la cantidad, bien regulada por normas, de los casos que valga la pena someter a decisión de la corte suprema.

También debe subrayarse que, según el modo en que se configura el funcionamiento de las cortes supremas, se determinan diversamente los propósitos y los valores que son perseguidos en el sistema de administración de justicia. En la base del fenómeno del precedente existen finalidades consistentes en la igualdad de tratamiento para casos similares, la relativa previsibilidad de la solución de la controversia, la coherencia y estabilidad de la interpretación y aplicación del derecho. Todo esto no impide, obviamente, que los precedentes vengan *overruled* , pero es claro que esta eventualidad debe ser relativamente inusual y puede verificarse sólo cuando existan claras y relevantes razones de orden jurídico, económico, histórico o cultural, que impongan cambios en la interpretación del derecho. En otros términos, la igualdad y la continuidad tienden a ser la regla, mientras la diferencia y la variación tienden a configurarse como excepciones. Es en este sentido, por otro lado, que se puede hablar de certeza de derecho en términos actualizados y coherentes con al realidad dinámica de los ordenamientos jurídicos.

Evidentemente, las cosas se presentan de manera diversa en los ordenamientos en los cuales los pronunciamientos de la corte se cuentan por decenas de miles, donde –como consecuencia- la eficacia de los precedentes es mucho más reducida o no existe en lo absoluto. En estos casos, se persiguen en realidad otros valores y otras finalidades: el valor que tienen evidentemente, entendido como preeminente es aquel de la tutela del denominado *jus litigatoris* , que consiste en asegurar

exclusivamente la legitimidad de la decisión del caso singular específico llevado a la atención de la corte (y eventualmente la legalidad de la solución de cada cuestión particular elevada). En otros términos, se trata de satisfacer el interés privado e individual de las partes y encontrar una decisión final para su controversia. En cambio, queda sobre el fondo, o del todo más allá del horizonte, el denominado *jus contitutionis* , es decir el interés público que resulta propio del ordenamiento en su conjunto y que es dirigido al desarrollo ordenado y coherente del derecho. En estos sistemas, por así decirlo, cada controversia singular posee su propia historia y *habent sua sidera lites* : lo único que interesa es el caso individual; toda otra implicación o consecuencia es irrelevante. En ellos, entonces, frente a una polvareda en gran medida caótica y variable de decisiones específicas, es difícil imaginar en qué cosa puede consistir una razonable certeza y uniformidad de derecho.

Se puede, por lo tanto, decir que problemas tales como la selección de los recursos, el número de las sentencias y la eficacia de los precedentes, no se colocan exclusivamente al nivel de la técnica procesal y de la alquimia relativamente complicada de los procedimientos ante las cortes supremas. Lo que está en juego, en realidad, es la diferencia o el conflicto entre modos diversos de concebir la evolución del derecho y su aplicación concreta en el ámbito de la administración de justicia: cortes supremas que desarrollan funciones diferentes, o desarrollan las mismas funciones de maneras diferentes, administran una justicia diferente. Entonces, los términos de la elección política que está a la base de los discursos que estamos realizando sobre el tema de las cortes supremas, van en cierto modo invertidos: si se quiere una justicia eficiente, coherente, confiable y racionalmente orientada hacia el ordenado desarrollo del derecho, entonces, debe configurarse un modelo de corte suprema capaz de tender hacia estos valores y de realizar estas finalidades. Como se ha visto, algunos ordenamientos procesales incluyen cortes que ya desarrollan

eficazmente sus funciones en tal sentido; en otros ordenamientos esto no sucede, pero entonces –y en particular en el caso de Italia- resulta necesaria una profunda y radical solución en torno a aquello que se entiende como administración de justicia, y en torno al rol que la corte suprema debería desarrollar en el contexto general del ordenamiento.

El proceso civil de "civil law": Aspectos fundamentales.*

1. Introducción.

El análisis comparado de los sistemas procesales de *civil law* y de *common law*, acarrea ante todo algunos problemas de método que conviene afrontar preliminarmente, a fin de colocar en la perspectiva correcta las consideraciones que iré desarrollando.

Una primera observación, considera en línea general el método de la comparación, pero se refiere también en modo específico a la comparación de los sistemas procesales. Sin entrar aquí en la discusión sobre los métodos y las finalidades de la comparación jurídica, que se ha desarrollado en Italia[1] y también a nivel internacional, se puede, sintéticamente, decir que parece ya superada la idea según la cual comparar ordenamientos diversos consistiría en la neutral (y casi "pasiva") medición de analogías y diferencias entre sistemas normativos al objeto de establecer cercanías o distancias entre normas y entre institutos. Al contrario, se reconoce ya, uniformemente, que el análisis comparado se puede hacer útilmente sólo sobre la base de un "proyecto cultural" presupuesto y puesto en obra por quién efectúa el análisis[2]. Ésta, por lo tanto, no es nunca pasiva, neutral o indiferente: está, en cambio, condicionada y orientada

* Este artículo aparece publicado en el año 2001 por la Revista "Il Foro italiano", también recogido en el libro "Sui confini: Scritti sulla giustizia civile" (Il Mulino, Bologna, 2002).

tanto por la propia cultura del comparatista como por la finalidad en vista de la cual él desarrolla el propio trabajo. El proyecto cultural del estudioso del derecho comparado orienta no solamente sus elecciones (sobre cuáles ordenamientos, cuáles instituciones, cuáles experiencias comparará), sino también el método con el cual la comparación será desarrollada. Así, para señalar sólo algún ejemplo, una comparación basada sólo sobre el cotejo entre normas existentes en varios países en un cierto momento, es justificable sólo dentro de una cultura rigurosamente (y restrictivamente) normativistico-positivista, y sobre la base de la idea de que la cultura jurídica sea una mera yuxtaposición de informaciones particulares que se supone "describen" datos normativos (en la cual se da por descontada una premisa muy problemática, ésto es que las normas se puedan describir). En cambio, una comparación orientada a las reformas[3] implica la consideración del efectivo funcionamiento de los sistemas y de los institutos, de las subyacentes elecciones de política del derecho, de las orientaciones de la práctica y de los principios generales que fundan la validez y la efectividad de los ordenamientos que se están comparando[4]. En resumen, sigue siendo cierto el tradicional *slogan* de los comparatistas según el cual el mejor modo de conocer el propio ordenamiento radica en conocer también otros ordenamientos, pero es necesario considerar que muchos y diversos son los modos para conocer los otros ordenamientos (además que, naturalmente, para conocer el propio).

Un segundo orden de observaciones preliminares, se refiere a aquello que se asume como "objeto" de la comparación. El jurista normativista tradicional tiende a considerar, como ya se ha apuntado, que se trata de comparar "normas". A lo más él está dispuesto a reconocer que se deba tener noticia también de aquéllo que es indispensable para entender al menos superficialmente el significado de las normas, vale decir, de la jurisprudencia y la doctrina. Pero ya que conocer adecuadamente

la jurisprudencia y la doctrina de otro ordenamiento (peor todavía si se trata de varios otros ordenamientos, quizás también culturalmente lejanos del propio), es muy difícil, o directamente imposible, de aquí que el jurista normativista no se extenderá mucho más que en la lectura (quizá también delegada en un joven colaborador que conoce el idioma) de algún sintético y resumido comentario. Si luego se trata de un procesalista típico[5], orientado a considerar que el derecho procesal civil se agota en un conjunto de normas técnicas particulares, muy específicas y analíticas, éste tenderá a pensar que la comparación tiene relación con micro-problemas, o sea se desarrolla confrontando normas técnicas de detalle, y que el éxito de su trabajo no pueda ser otro que la anotación de las "variaciones sobre el tema", vale decir, de las diferentes reglas específicas que los varios ordenamientos utilizan para regular los mismos aspectos de detalle del procedimiento. De esta forma la comparación procesal permanece en un nivel "micro" y se torna no sólo en terriblemente aburrida, sino que también en sustancialmente inútil.

Las cosas pueden ser configuradas en modo diverso, y la comparación puede tornarse más interesante y más provechosa, si se toman en consideración no sólo normas específicas (o normas específicas tomadas individualmente), sino que modelos procesales. No es el caso de profundizar aquí la discusión metodológica en torno a la noción de "modelo"[6]: creo que basta observar, por un lado, que la construcción de "prototipos ideales" de los diversos ordenamientos, puede establecer un nivel de análisis sobre el cual la comparación es posible y provechosa, evitando perderse en la masa infinita de detalles; y de otro lado, que se pueden construir modelos de diversa magnitud o dimensión y con diverso contenido. Se puede pensar, por ej., en modelos del proceso de conocimiento o del proceso cautelar, en modelos probatorios, en modelos de organización judicial, como también en modelos de contenido bastante más amplio o bastante más acotados.

A propósito, merece la pena observar que la construcción de los modelos (empleo a propósito este término para subrayar que el modelo no existe en la naturaleza, sino que debe ser -precisamente- construido) no puede ser arbitraria, si quiere tender a la representación de objetos efectivamente existentes, pero en algún modo es obra de quien estudia y analiza uno o más ordenamientos, y del conocimiento de ellos se extraen los "modelos ideales" que se muestran idóneos para representar los trazos esenciales de estos ordenamientos. Naturalmente, mientras más aproximado sea el modelo a la realidad que se quiere representar, mayor será su capacidad heurística y su utilidad como instrumento de análisis. Se podrá así hablar de modelos "buenos" o "malos", dotados de mayor o menor capacidad representativa según su "cercanía" a aquello que ha sido modelizado. En cualquier caso, sin embargo, la construcción de los modelos es obra del intérprete, el cual los construye precisamente con la finalidad de hacer posible y racional el análisis de ordenamientos diversos (o de institutos pertenecientes a ordenamientos diversos). Es justamente aquí que surge la importancia fundamental del "proyecto cultural" de quien se pone a desarrollar esta obra, porque es en función de este proyecto que se confrontan algunos ordenamientos y no otros, se estudian algunos institutos y no otros, y se eligen los aspectos de los ordenamientos e institutos que se consideran más importantes y, por tanto, merecedores de ser incorporados en el "modelo ideal" al cual se entiende hacer referencia. En suma, se puede tener un proyecto cultural poco entusiasmante, pero útil, por ejemplo el análisis de los métodos de notificación de los actos en los sistemas del sureste asiático o el estudio comparado de los plazos procesales en los ex países comunistas, mientras se posterga un bien distinto proyecto cultural, quizás no menos útil, pero culturalmente mucho más interesante, como por ejemplo, el análisis de los instrumentos procesales de tutela de los consumidores o de los métodos de prueba de los hechos en el juicio en los sistemas occidentales desarrollados.

2. La crisis de los modelos tradicionales.

Continuando con el discurso sobre el plano de la comparación de modelos y viniendo a cuento en la relación entre ordenamientos procesales de *civil law* y de *common law*, parece oportuno liberar el tema de algunas contraposiciones tradicionales, que han sido frecuentemente utilizadas para expresar diferencias consideradas fundamentales entre los dos tipos de ordenamientos, pero que aparecen desde hace tiempo superadas e incapaces de proveer conocimientos confiables. En realidad, no se trata de descripciones completamente falsas en sentido descriptivo, sino de imágenes que quizás puedan haber tenido algún significado en el pasado, y quizás estén dotadas de alguna eficacia alusiva todavía hoy, empero, que han sido indebidamente consideradas como esenciales al objeto de trazar la distinción entre los dos tipos de ordenamientos procesales. Independientemente de su veracidad representativa, se ha tratado de modelos que han sido construidos sobre la base de precisos proyectos culturales, vale decir, con el fin de poner en particular evidencia -para exaltar el valor o criticar la presencia- algunos aspectos de los varios sistemas procesales que se confrontaban. Hoy la crítica que se puede dirigir al empleo de estos modelos, no se refiere tanto al hecho de que ellos provean de falsas representaciones de la realidad (a pesar de que esto acontezca con bastante frecuencia, sea por ignorancia o falta de actualización de las informaciones), sino a que ellos hayan estado quizás estrechamente conectados con elecciones de valores o de sistemas dirigidos a privilegiar problemas y soluciones que ahora aparecen de menor interés.

Dos ejemplos permitirán representar un discurso menos abstracto, y verificar la fiabilidad de la aproximación crítica que aquí se propone. El primer ejemplo atañe a la contraposición entre oralidad y escritura, según la cual el proceso de *common law* sería un proceso esencialmente

oral, mientras que el proceso de *civil law* sería un proceso esencialmente escrito. Sin entrar aquí en el tema general de la contraposición de principios entre oralidad y escritura[7], debo señalar que la distinción entre proceso oral y proceso escrito nunca ha representado, y no representa hoy, la distinción entre proceso de *common law* y proceso de *civil law*. Por una parte, de hecho, es fácil observar que: a) el proceso de *common law* considera numerosos actos escritos (probablemente no menos numerosos de aquéllos con los cuales se desarrolla un proceso de *civil law*)[8], y esta tendencia ha ido reforzándose en la evolución más reciente; b) el proceso de *equity*, que por siglos ha representado un sector importantísimo del proceso inglés, y luego también del norteamericano hasta la fusión con el proceso *at law*, en la cual, sin embargo, han sido conservados numerosos aspectos del proceso *in equity*, era un proceso escrito[9]. El empleo de pruebas escritas, además, no es menos frecuente en el *common law* que en el *civil law*, a pesar de profundas diferencias que atañen a otros aspectos del derecho probatorio.

De otra parte, se puede observar que en varios ordenamientos de *civil law* se aprecian importantísimos elementos de oralidad que se encuentran, por ej., en las distintas formas de discusión oral, preliminar y conclusiva, de la causa, en la asunción oral de las pruebas en la audiencia, y en el pronunciamiento oral de la decisión que viene prevista en varios casos. Naturalmente, aquí no se quiere sostener que procedimientos de *common law* y procedimientos de *civil law* no presenten alguna diferencia desde el punto de vista de la alternativa oralidad-escritura; al contrario, en la extrema variedad de la regulación de muchos aspectos del proceso estas diferencias existen y en algún caso son muy relevantes. Con esto, lo que se quiere decir es que resulta sustancialmente inatendible una equivalencia "*common law* = oralidad", así como es inatendible la equivalencia "*civil law* = escritura", de frente a la amplia presencia de la escritura en los procesos de *common law*, y al amplio espacio que se reserva a la oralidad en varios procesos de *civil law*.

El segundo ejemplo, que aquí merece la pena traer a colación, es la contraposición entre proceso *adversarial*, considerado como típico de los ordenamientos de *common law*, y proceso *inquisitorial*, que se considera como típico de los sistemas de *civil law*[10]. Sobre estos temas se ha acumulado en el tiempo, en la cultura jurídica de varios países, una literatura muy amplia, de la cual no es posible dar cuenta en un modo exhaustivo[11]. Me permitiría, sin embargo, una observación irrespetuosa: muchas de aquellas páginas son pura propaganda ideológica a favor de uno u otro sistema y son completamente inatendibles desde un punto de vista científico. En efecto, nunca como en estos temas se han puesto tan en evidencia -aunque non siempre de forma consciente- los proyectos culturales (o, menos noblemente, los prejuicios ideológicos) de los juristas de varias culturas que se han ocupado de ellos. Una consideración más fría, o menos condicionada ideológicamente, de estos temas, podría en efecto llevar a logros bien diversos, partiendo de la constatación -formulada por uno de los mayores comparatistas que hoy trabajan en el área del derecho procesal- de que la contraposición *adversarial-inquisitorial*, si nunca ha tenido de verdad un sentido (del que es lícito dudar), hoy seguramente está desgastada, superada y es sustancialmente inútil como instrumento de análisis[12].

En efecto, por un lado se puede observar que los procesos de *common law* frecuentemente han sido *inquisitorial*, o en cualquier modo *no-adversary*: sin necesidad de referirse al clásico caso de la Star Chamber inglés, basta recordar otra vez el proceso *in equity*[13]. Hoy, por otra parte, son numerosos los tipos de procedimientos que no se desarrollan del todo según el tradicional modelo *adversarial*, y están en cambio caracterizados por una presencia activa del juez. Además, como se verá también más adelante, el proceso ordinario angloamericano está hoy caracterizado por la presencia de relevantes poderes del juez, principalmente en el plano de la gestión del procedimiento.

Del otro lado, se puede observar que (aparte del típico caso de la Santa Inquisición, y sin ocuparnos aquí del proceso penal), todos los procesos civiles de *civil law* han sido o son menos que *inquisitorial* en el sentido estricto del término. Basta considerar que ya, también en aplicación de garantías constitucionales y principios fundamentales, el contradictorio entre las partes está generalmente asegurado en una medida más que satisfactoria. Si "inquisitorio" significa, según la acepción históricamente fundada, que las partes no se pueden defender, entonces no existen en *civil law* procesos que puedan propiamente definirse como *inquisitorial*. Si, en cambio, con este término se quiere aludir a modelos de proceso en el cual el juez desarrolla un rol activo en la dirección y gestión del procedimiento y posee autónomos poderes de iniciativa instructoria, entonces la contraposición en objeto cambia de sentido, pero permanece igualmente en gran medida infundada. Basta pensar en la amplísima, extensa e importante experiencia del proceso liberal clásico[14], fundado sobre una actuación intensa y omnipresente del principio dispositivo, para darse cuenta que nada ha sido más extraño a la historia del proceso civil de *civil law* que un modelo de proceso civil de verdad inquisitorio. En cuanto a los poderes instructorios del juez, es también conocido que hoy los varios sistemas de *civil law* adoptan orientaciones muy diversas, también en función de la diversidad de los procedimientos referidos a específicas materias (como el proceso del trabajo en Italia), así es que la afirmación según la cual el modelo de *civil law* estaría caracterizado por fuertes poderes instructorios oficiosos resulta inatendible, y por lo demás esconde detrás una indebida generalización en problemas bastante complejos, que encuentran soluciones muy diversas en los variados ordenamientos.

3. La evolución de los modelos: los ordenamientos de "common law".

El hecho es que, respecto a las situaciones en las cuales han sido elaborados los esquemas fundados sobre la contraposición oralidad-escritura y *adversarial-inquisitorial*, muchos cambios se han producido en los diversos ordenamientos. Esto no implica una convalidación histórica *ex post* de estas contraposiciones, por cuanto no demuestra que ellas fuesen verdaderas e ideológicamente neutras cuando fueron elaboradas, sino que implica que, de algún modo, estas categorías ya se han envejecido y no sirven para señalar los aspectos más relevantes de los sistemas procesales actuales. Esto ha determinado también una transformación de los paradigmas que aparecen más útiles para interpretar estos sistemas: el proyecto cultural consistente en el buscar establecer- a fin de presentar oportunidades y ventajas - cuales sistemas se caracterizaban por la oralidad, esencialmente con el fin de censurar aquellos que se presentaban todavía ligados al método de la escritura[15], parece haber tenido su tiempo. Innovaciones dirigidas hacia la escritura (como en el caso de las *attestations* francesas[16], o de la eliminación de la audiencia de discusión en Italia[17]) son introducidas sin excesivo escándalo: evidentemente, la sensibilidad hacia este género de problemas se ha atenuado mucho. También el proyecto cultural fundado en la exaltación del modelo *adversarial* y la denuncia de los aspectos inquisitorios del proceso civil, parece haber tenido su tiempo, tanto en la doctrina norteamericana como en la de los países del *civil law*. Quizás se han dado cuenta del hecho de que ya no es el tiempo de rígidas contraposiciones dogmáticas y de contrastes de principio, o que ya no es el tiempo de insistir sobre aquellas contraposiciones o sobre aquellos contrastes, porque han emergido otros problemas en el campo de la justicia civil, y muchos legisladores han asumido orientamientos de reforma más pragmáticos y menos ideológicamente orientados. En

cualquier caso, si no nos queremos cerrar a cualquier costo a la realidad que está fuera de la puerta de la ciencia jurídica, es necesario tener en cuenta las muchas e importantes transformaciones que se han verificado _ y que están todavía en curso _ en muchos ordenamientos de *common law* y de *civil law*. De hecho, es teniendo en cuenta los éxitos de estas transformaciones, que se podrán construir nuevos modelos útiles para el análisis comparado de los sistemas procesales.

Importantes cambios han acaecido en los últimos años en los principales sistemas procesales de *common law*, entre los que cabe señalar significativas transformaciones de estos ordenamientos (y la crisis, de la cual ya se ha dado noticia, de los respectivos modelos tradicionales). Naturalmente, no es posible dar cuenta en esta sede de todas estas transformaciones, puesto que requerirían de extensos análisis *ad hoc*. Sin embargo, alguna sintética referencia puede ser suficiente para mostrar cómo el modelo de *common law* ha perdido o está perdiendo algunas de sus características tradicionales y ha adquirido otras nuevas. Haré referencia aquí a tres aspectos muy importantes: a) el rol del juez; b) la naturaleza y función de la fase de *pre-trial*; c) el rol del jurado.

a) En el tradicional modelo *adversarial* del proceso, la figura del juez era aquella de un "árbitro pasivo", de un *umpire* desinformado y desinteresado, además de neutral, que tenía la sola y exclusiva función de asistir al libre combate de las partes, garantizando la corrección y sancionando los comportamientos *unfair* o ilícitos[18]. Esta imagen mítica ha cambiado casi completamente, siendo sustituida por una imagen del juez muy distinta. En Inglaterra esta transformación viene experimentada con las *Civil Procedural Rules 1998* que entraron en vigor el 26 de abril de 1999. Se trata de un verdadero y propio código de procedimiento civil[19] (otra innovación relevantísima respecto a la imagen tradicional del derecho procesal civil inglés como derecho no escrito, que por otra parte, ya desde hace tiempo se había tornado inatendible) en el cual

al juez vienen confiados numerosos e incisivos poderes de gobierno y dirección del procedimiento, como aquél referido a la determinación del *track* que la causa deberá seguir (o sea del tipo de procedimiento aplicable según la naturaleza de la causa), a la fijación de las audiencias y la obtención de las pruebas[20].

En los Estados Unidos una transformación análoga se experimenta, a partir de los años setenta, con el surgimiento de la figura del *managerial judge*, que reemplaza y toma el puesto de la imagen tradicional del juez como *passive umpire*. Se trata de una transformación larga y compleja, que no tiene un preciso punto de referencia temporal como las *Rules* inglesas, y es la consecuencia de varios factores como la continua reforma de la *Federal Rules of Civil Procedure*, las reformas descentralizadas y localizadas a las cuales abre el paso la *Civil Justice Reform Act* de 1990, y las respuestas que la práctica judicial da a los crecientes problemas de gestión y control de la justicia civil, en particular con referencia a la fase preliminar del proceso (sobre ella *infra, sub b*). En cualquier caso, cuando Judith Resnick, en un ensayo justamente famoso de 1982[21], fotografía al *managerial judge* y analiza su origen y características principales, esta transformación está ya sustancialmente completa: no corresponde más al juez el rol de árbitro pasivo que se limita a "pitar las faltas" cometidas por las partes, sino un rol de organización y gestión activa - no sólo de control - del desarrollo del proceso[22].

Si luego se mira en particular a los poderes de iniciativa instructoria del juez, se constata que, con permiso de la tradicional imagen del juez angloamericano completamente privado de tales poderes, en ambos ordenamientos, el juez puede desarrollar también un rol marcadamente activo sobre el plano de las iniciativas probatorias. En efecto, relevantes poderes del juez en materia de prueba han sido previstos en las nuevas *Rules* inglesas[23], y significativos poderes instructorios estaban ya

previstos en la *Federal Rules of Evidence* estadounidense, introducidas en 1975 y modificadas en 1994, en particular con referencia a la prueba testimonial y a la *expert evidence*[24].

b) La imagen histórica más destacada y difundida del proceso angloamericano es aquella de un procedimiento centrado en una audiencia de discusión en la cuál se practican las pruebas testimoniales, los abogados discuten oralmente la causa, e inmediatamente después debe ser pronunciada la sentencia[25]. Sin embargo, por varias razones de funcionalidad del *trial*, desde comienzos del s. XX se han venido configurando, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, fases preliminares (*pre-trial*) con la función de permitir a las partes prepararse adecuadamente para el juicio, esencialmente el trámite de *discovery* de las pruebas en posesión del adversario o de un tercero[26]. De aquí la imagen consolidada del proceso de *common law* como procedimiento dividido en dos fases: una fase de *pre-trial* con una función esencialmente preparatoria, y una fase de *trial* para la práctica de las pruebas orales en audiencia, a través del mecanismo de la *direct* y *cross examination*. Este modelo rige todavía como representación aproximativa del proceso angloamericano, empero se necesita observar que con él se corre el riesgo de producir malentendidos y errores si se le considera como una fiel descripción de aquello que normalmente acontece en los tribunales ingleses o estadounidenses. En efecto, más allá del modelo teórico bifásico, la realidad ha evolucionado en una manera muy diversa. Se trata de fenómenos no nuevos, que sin embargo vale la pena recordar. En Inglaterra ocurre que, desde hace decenios, un porcentaje bajísimo de controversias civiles (del orden del 2-3 por ciento de las causas iniciadas) sobrevive a la fase preliminar y llega al *trial*, para luego concluir con una sentencia. Este fenómeno se verifica por varias razones que no pueden ser analizadas aquí: sin embargo, debe señalarse el hecho de que el legislador inglés ha alentado de varios modos esta tendencia, empujando decididamente en la dirección de favorecer la

resolución precoz del proceso en la fase de *pre-trial*. Diversas técnicas, que incluyen intentos de conciliación, decisiones *in default*, juicios sumarios y *payments into court*, han sido utilizadas para conseguir esta objetivo[27].

En los Estados Unidos la situación normativa y las técnicas utilizadas son en parte diversas, pero no es sustancialmente distinto el resultado: en efecto, un porcentaje elevadísimo de causas civiles no supera la fase de *pre-trial* y no llega al juicio, en la mayor parte de los casos porque las partes acuerdan un *settlement* o porque el juez ha dispuesto un intento de conciliación ante un tercero o un arbitraje, o porque ha tenido éxito algún mecanismo de resolución precoz de la controversia[28].

Estos fenómenos son importantísimos desde muchos puntos de vista que aquí no podemos analizar en modo adecuado, pero producen al menos dos consecuencias "de sistema" que deben ser puestas en evidencia. La primera consecuencia, es que en procesos así articulados, en los cuales la suerte de la grandísima mayoría de las causas se juega en la fase preliminar, la contraposición *adversarial-inquisitorial* queda completamente privada de sentido. En efecto, lo que acontece en el ámbito del *pre-trial* y que se desarrolla como una batalla dialéctica entre defensores, y entre los defensores y el juez, no es adecuadamente analizable en los términos de esta contraposición. La segunda consecuencia, es que el modelo del proceso de *common law* no puede ser más definido según el esquema bifásico de *pre-trial* y *trial*, sino a costo de provocar graves malentendidos, por la clara razón de que en el orden del 90-98 por ciento de los casos el *trial* no tiene lugar. Se vuelve justamente impropio incluir en el modelo el pronuciamiento de la sentencia a continuación de la práctica de las pruebas, dado que raramente -vale decir, sólo cuando se ha desarrollado el *trial*- el proceso termina con la sentencia. En resumen y en síntesis: paradojalmente la fase de *pre-trial*, nacida con una función preparatoria -vale decir, para permitir a las partes de llegar al *trial* en la mejores condiciones para jugar en él las propias cartas defensivas- sirve

en los hechos para preparar el juicio sólo cuando funciona mal, o sea en los raros casos en los cuales fallan todos los mecanismos predispuestos para hacer que la causa se cierre prontamente. El *pre-trial*, entonces, se configura esencialmente como una fase de "resolución de la controversia sin decisión" y sólo excepcionalmente desarrolla de verdad una función preparatoria[29].

Si se tiene en cuenta todo esto, es fácil concluir que el modelo típico del proceso de *common law* está ahora constituido esencialmente de una fase en la cual ambas partes, bajo la activa dirección del juez, aclaran los términos de la controversia, adquieren a través de la *discovery* informaciones sobre las respectivas defensas y sobre las pruebas que podrán ser empleadas, valoran la oportunidad de un acuerdo o de una renuncia a continuar con el proceso, y transigen o se sirven de alguno de los medios de resolución rápida de la controversia. Cabe observar que esta fase del procedimiento es esencialmente escrita, dirigida por el juez que dispone al respecto de amplios poderes, y -a diferencia de la imagen tradicional del *trial*- no es concentrada, al contrario se desarrolla en pasajes que pueden ser numerosos y complicados, y pueden requerir -al menos en los casos más complejos- de tiempos muy largos. Como se ha dicho, sólo en los raros casos en los cuales este procedimiento, que se ha convertido en el verdadero proceso, no logra poner fin a la controversia, tendrá lugar el juicio con la práctica de las pruebas y se dictará una sentencia.

c) Un tercer factor que tradicionalmente se ha considerado como característico del proceso de *common law* es la presencia del jurado en las controversias civiles. Sin embargo, también a este respecto se han verificado cambios de gran importancia. En Inglaterra, el jurado civil ha desaparecido ya desde hace decenios, así que sería errado imaginar el proceso civil inglés como centrado sobre un juicio realizado frente a un jurado. Además, en los poquísimos casos en los cuales, como recién

se ha visto, el proceso llega al juicio, éste se desarrolla frente a un juez togado (unipersonal), sin ningún jurado[30].

En los Estados Unidos se ha verificado un fenómeno sustancialmente análogo[31], si bien en términos menos absolutos: en efecto, el jurado civil está todavía presente en un porcentaje de casos no irrelevante, aunque sí netamente minoritario[32]. Las principales razones para esta sobrevivencia son sustancialmente dos: el hecho de que el *jury trial* sea previsto como garantía de la VII enmienda de la Constitución estadounidense[33], pero sobretodo el hecho de que los jurados populares son famosos por su generosidad en el acuerdo de indemnizaciones y *punitive damages* que a veces comprenden sumas elevadísimas, así que el demandante en una causa de responsabilidad por daño puede estar tentado a asumir los elevados costos, y también los riesgos, del *jury trial*, en la esperanza de ganar mucho dinero en la lotería judicial. Sin embargo, si no se sobredimensionan fenómenos de este género, que pertenecen casi más al folklore judicial (aunque a veces millonario) que a la práctica predominante, se puede concluir que también en el sistema estadounidense sería impropio configurar al jurado como un elemento fundamental del modelo de proceso civil.

4. Los ordenamientos de "civil law".

Si ahora se mira al mundo de los ordenamientos de *civil law*, el problema de los modelos procesales se presenta todavía más complejo, a un punto tal que parece de verdad imposible discutir sensatamente de un modelo de *civil law*. Reduciendo a pocas palabras un discurso, se requeriría un análisis comparado en profundidad. Se pueden subrayar dos aspectos particularmente importantes: *a)* en realidad nunca ha existido un modelo homogéneo y unitario de proceso civil de *civil law*; *b)* en los últimos decenios se han verificado tan y tales transformaciones en

varios ordenamientos procesales del área civilística, que probablemente se ha perdido toda posibilidad de hacer referencia en modo sintético y unitario a los modelos tradicionales.

a) Históricamente, si se piensa en los siglos de derecho común, en Europa continental nunca ha existido un modelo homogéneo de proceso civil. Al contrario, la disciplina del proceso estaba extremadamente fragmentada en función de la diversidad de las jurisdicciones y de la pluralidad de las fuentes reguladoras del procedimiento, así que no había mucho en común, por ej., entre los procesos regulados por el *Code Louis*[34], los estatutos italianos[35], la práctica judicial de la *Rota romana* y de los otros grandes Tribunales[36], o la *Kammergerichtsordnungen* germánica[37]. La usual referencia al proceso romano-canónico como base constante de los ordenamientos procesales continentales, no es fundamentalmente errada, si sirve para señalar algunas características muy generales del proceso civil de derecho común como la escritura, la duración y la no concentración, pero no pueden esconderse las grandes y profundas diferencias que han marcado por siglos a estos ordenamientos. Incluso en el siglo XVIII había bien poco en común entre el *Codex Fridericianus Marchicus* en Prusia[38], el código "josefino" en Austria[39], las Constituciones piamontesinas[40] y los estatutos y la práctica judicial en vigor en una infinidad de Estados (grandes y pequeños) en toda Europa. En el transcurso del siglo XIX parece verificarse una convergencia debida a la imitación, que se difunde en Europa, del modelo constituido por el *Code de procédure civile* napoleónico[41], pero esta convergencia desaparece hacia finales del siglo, esencialmente a causa de la ruptura determinada por la *Zivilprozessordnung* austríaca, que se instala como nuevo y diverso objeto de inspiración y de imitación por gran parte de la doctrina y por algunos legisladores procesales sucesivos[42]. Si luego se mira el s. XX se descubre que el área del proceso civil de *civil law* conoce de al menos tres modelos principales: el francés, que continúa siendo seguido en

algunos países como, por ej., Bélgica e Italia; el austríaco-alemán, que es seguido también en los países escandinavos y en los de Europa oriental, además de Japón; y el español, que es seguido por muchos países de América latina. No corresponde profundizar aquí el análisis de estos modelos, de sus variaciones y sus adaptaciones que se han verificado tantas veces en los diversos ordenamientos: aunque una consideración como la aquí propuesta basta para mostrar como ha quedado privada de fundamento, también bajo el perfil histórico, la idea de que en el pasado haya existido, y menos que exista hoy, un modelo unitario y homogéneo de proceso en el área de sistemas del *civil law*.

b) Si se tiene en consideración el panorama que se ha venido delineando en los últimos años, al interior de esta área se pueden verificar varias añadidas razones para excluir la existencia efectiva de un tal modelo. Obviamente, no es posible desarrollar aquí un análisis comparado satisfactorio, pero algún ejemplo puede bastar para ilustrar este punto. Por una parte, es necesario considerar que dentro del mundo de *civil* law ya desde hace tiempo se vienen manifestando fuertes influencias derivadas de los modelos de *common law*, y en particular del modelo estadounidense, por una serie de razones históricas, políticas y culturales. Un ejemplo muy significativo está representado por Japón: es conocido que el ordenamiento procesal japonés se ha inspirado en el modelo germánico a partir de fines del siglo XIX, así que, desde entonces, Japón ha pertenecido con pleno título al grupo de los sistemas procesales de tipo europeo[43]. Sin embargo, después del fin de la segunda guerra mundial la influencia estadounidense se hizo presente en un modo muy intenso, en modo tal que el código de procedimiento civil japonés que está actualmente en vigor desde el año 1998 configura un sistema "mixto", en el cual elementos de origen norteamericano (como por ej., la *cross examination*) han sido combinados con elementos remanentes de origen germánico (sobre todo en lo que respecta al esquema del

procedimiento), y con elementos autóctonos (particularmente la conciliación). Otras influencias estadounidenses se pueden encontrar fácilmente en varios ordenamientos de *civil law*: basta pensar en la recepción de formas de tutela jurisdiccional de los intereses difusos diseñadas sobre el ejemplo de la *class action* (recepción que ha tenido lugar o está tendiendo lugar, además que en Brasil, en otros países de *civil law*)[44]. Estos ejemplos también sirven para llamar la atención sobre el hecho de que variaciones e interferencias no se verifican solamente a nivel de los modelos generales de procedimiento: al contrario, son más frecuentes, y no menos importantes, los cambios, las interferencias y los "transplantes" que dicen relación con institutos procesales singulares.

De otra parte, merece la pena tener en consideración que también dentro de los sistemas de *civil law* se han verificado transformaciones de gran importancia, que han significado modificaciones al conjunto de los paradigmas procesales precedentes. Dos ejemplos pueden bastar para ilustrar este punto. El primer ejemplo, se refiere a los sistemas procesales en idioma alemán. La *Zivilprozessordnung* germánica del año 1877, evidenció directamente la influencia del modelo francés, pero esto no tuvo lugar en Austria, dónde la disciplina del proceso civil siguió una autónoma línea evolutiva con los códigos de 1781 y de 1815[45]. En cualquier caso, el código de Klein de 1895 no sólo innovó radicalmente la situación de la justicia civil en Austria, sino que constituyó el modelo para las sucesivas reformas germánicas que después de varias etapas han evolucionado en la *Beschleunigungsnovelle* de 1977. En estas transformaciones se verifica, por un lado, la adopción del modelo de proceso oral y concentrado delineado por Klein, que representa una alternativa radical respecto al modelo francés (e italiano) de un proceso escrito y no concentrado. Sin embargo, por otro lado, en alguna medida se manifiesta también la influencia del modelo "clásico" de *common law*, vale decir, del esquema procedimental bifásico,

compuesto por una fase preparatoria y una fase de debate y asunción de las pruebas. No es una casualidad que, si se examina ahora el esquema estructural fundamental del proceso germánico (y aquel, en muchos aspectos similar, que se recoge en varios países escandinavos), se puedan constatar más analogías "de sistema" de este proceso con el esquema de proceso angloamericano, que las que se puedan encontrar con el proceso francés o italiano. De este modo, la tradicional "sistematización de los modelos" fundada sobre la distinción global entre *civil law* y *common law* aparece profundamente modificada; el modelo a dos fases existe ya en muchos sistemas de *common law* y también en varios sistemas de *civil law*, además que en varios sistemas mixtos como el japonés.

El segundo y más reciente ejemplo es provisto por la Ley de enjuiciamiento civil española, aprobada al inicio del 2000 y entrada en vigor a inicios del 2001. España, como ya se ha señalado, había permanecido fuera o al margen de la influencia del modelo francés: en efecto, el código procesal de 1881 no formaba parte del grupo de las variaciones de este modelo. La situación cambia radicalmente en el 2000, pero no porque se haya recepcionado tardíamente el modelo francés, sino porque el legislador español adopta -en lo que se refiere a la estructura del procedimiento- el esquema bifásico que se había consolidado -como recién se ha visto- en Austria y en Alemania, que ha demostrado tener una notable fuerza de expansión también más allá de los ordenamientos de lengua alemana. Con ello el legislador español no ha salido del área de *civil law*, pero es claro que el ordenamiento español actual no se enmarca dentro del área de influencia del modelo francés y, por lo tanto, termina por no tener mucho en común, por ej., con el ordenamiento italiano[46]. Como se ve, entonces, la idea de un modelo homogéneo del proceso de *civil law* ha sido y sigue siendo una *fictio* conceptual que ha escondido y confundido la efectiva realidad de los principales ordenamientos de la Europa continental y

de aquellos que son en variado modo derivados en Europa y en otros países del mundo. Se ha terminado por sobreponer a esta realidad diversificada un modelo teórico unitario que no sólo era bastante vago e indeterminado en sus lineamientos fundamentales, sino que además no encontraba correspondencia real en algún tipo de efectiva uniformidad de las disciplinas procesales que pretendía describir. No es sencillo individualizar las razones de la difusión y del éxito de este malentendido cultural, que verdaderamente ha sido -y en importante medida es todavía- bastante común. Quizás, empero se trata de una hipótesis que debe ser comprobada, se haya construido esta homogenidad tan ficticia para tener algo que contraponer a aquello que no se conocía y respecto del cual se temía una intrusión, vale decir, al proceso angloamericano. En el fondo, no debe olvidarse que también hoy, y por parte de muchos juristas no sólo italianos, *anglicum non legitur*, y que normalmente se desconfía de aquello que no se conoce.

Por otra parte, no debe olvidarse que, en la cultura de *common law,* se ha verificado el fenómeno simétrico: a una imagen fuertemente idealizada e ideologizada del proceso *adversary* como modelo ideal del proceso angloamericano, se ha contrapuesto una imagen igualmente ideologizada del proceso *inquisitorial* como modelo típico del proceso europeo, sin advertir que ninguna de las dos imágenes correspondía a la realidad efectiva. Que esto se debiese a los límites de la cultura jurídica estadounidense parece algo evidente: en cualquier caso, se ha llevado el mundo de los ordenamientos procesales de *civil law* a un esquema fuertemente simplificado y negativamente connotado, quizás para justificar la falta de conocimiento del mismo y la escasa voluntad de empeñarse en conocerlo.

5.- Tendencias de superación de la distinción.

Las consideraciones precedentes no están dirigidas a sostener que ha desaparecido toda diferencia entre los sistemas procesales de *common law* y los sistemas de *civil law*: una conclusión de este tipo sería evidentemente absurda de frente a las numerosas y relevantes diferencias que todavía subsisten. Lo que se quiere sugerir es que ya no son aceptables los términos tradicionales mediante los cuales se ha formulado por mucho tiempo la distinción entre dos grupos de ordenamientos puesto que, admitido que los dos modelos hayan tenido alguna capacidad descriptiva, la realidad normativa -y todavía más la de la experiencia efectiva- de estos sistemas aparece ya ahora profundamente cambiada, y aparece destinada a posteriores profundas transformaciones. Mientras desaparece la aparente claridad de dos modelos y de su distinción, el panorama de los ordenamientos procesales actuales, cambia profundamente también a causa del surgimiento y creciente importancia de tendencias que ya no pueden ser reconducidas dentro de la estática clasificación de cada singular sistema procesal, como "de *common law*", "de *civil law*" o mixto. Asumen además gran relevancia ordenamientos que en el pasado fueron más dejados al margen (o fuera) del panorama, que tomado en consideración, pero que ahora, y todavía más en el próximo futuro, no pueden seguir siendo ignorados. Valga por todos el ejemplo de China, que no sólo ya ha adquirido un rol de primer plano desde el punto de vista político y económico, sino que está también reformando progresivamente el sistema de administración de justicia siguiendo caminos difícilmente reconducibles dentro de la habitual sistemática occidental, aunque los trazos fundamentales de este sistema permiten reconducirlo aproximativamente al área de *civil law*[47].

Una situación tan compleja, en la cual remanentes todavía importantes de los modelos tradicionales conviven con novedades que se desarrollan

rápidamente, no puede ser aquí analizada a través de descripciones que pretendan ser completas, y que estarían de todos modos destinadas a la obsolescencia en un tiempo relativamente breve. Sin embargo, vale la pena esbozar sumariamente los factores dinámicos que parecen estar detrás en el contexto de los cambios relativos a los principales sistemas procesales.

Un primer factor de notable importancia es aquél que los comparatistas suelen denominar circulación de los modelos. A diferencia de lo que ha acontecido por siglos, cuando los ordenamientos procesales cambiaban de normativa (aunque no faltaron excepciones como la *Rezeption* germánica) con ritmos muy lentos pero, sobre todo, "en vertical", o sea cada uno permaneciendo dentro de sí mismo y evolucionando según sus propias líneas históricas, el fenómeno que caracteriza la evolución más reciente es el de la "interferencia horizontal" entre diversos sistemas, o -si se prefiere- de la imitación de un sistema o modelo por parte de otros sistemas, aunque derivados de experiencias históricas y líneas evolutivas muy heterogéneas. Lo que se quiere subrayar es que, por lo que respecta al proceso civil, estos fenómenos se verifican desde hace algún tiempo no sólo entre los singulares ordenamientos procesales estatales, sino también entre modelos generales o áreas de ordenamientos (pudiendo de algún modo comprender, según los casos, esquemas procesales generales o bien singulares institutos o específicos *remedies*). Esto es, se verifica un complejo intercambio de modelos también entre los sistemas de *common law* y los sistemas de *civil law*. Los ejemplos son numerosísimos, sobre todo si se observa la influencia del modelo norteamericano, pero bastará con citar alguno para aclarar el discurso: desde este modelo algunos sistemas de *civil law* han importado el jurado penal (como ha acontecido recientemente en España)[18], la técnica del interrogatorio cruzado, la idea de que se debe limitar el recurso ante las cortes supremas, la *class action*, el empleo de testimonios escritos

sobre el modelo de la *affidávit*, y varias otras cosas. Sin embargo, no faltan, aunque son bastante menos frecuentes, hipótesis en las cuales legisladores de *common law* han observado a los sistemas de Europa continental: el caso paradigmático es el de Inglaterra, que ha adoptado con las *Rules* de 1999 la idea de un código procesal, hasta ese momento extraña a la tradición inglesa, y que de los ejemplos europeos parece haber tenido inspiración, por ej., en materia de medidas cautelares y poderes del juez.

Un análisis interesante, pero que aquí no se puede ni siquiera esbozar, podría revisar la frecuencia, la intensidad y la importancia relativa de los "intercambios" entre los sistemas procesales de *common law* y de *civil law*. Sin embargo, se puede señalar en líneas generales la circunstancia de que los legisladores modernos que se ocupan seriamente de reformas de la justicia civil tienden a "tomar prestado" aquello que consideran es útil a sus finalidades sin sentirse excesivamente vinculados a las respectivas tradiciones nacionales, y dirigiéndose entonces también fuera de los modelos generales a los que tradicionalmente se ha pertenecido.

Naturalmente, esto depende de la cultura del legislador de que se trate: un legislador "culto" tendrá la información necesaria para materializar mejores elecciones sobre el mercado de las ideas relativas a la justicia civil, a su finalidad y a los instrumentos para conseguirla, mientras que un legislador "ignorante" (del cual existen varios ejemplos, particularmente en Italia) tenderá a ser culturalmente autártico, y por lo tanto a considerar que el sistema procesal nacional puede ser reformado sólo desde dentro de su particular y provincial cultura, sin ninguna útil influencia derivada de aquellos ordenamientos que han ya afrontado y resuelto -probablemente mejor y más eficientemente- los mismos problemas.

Un segundo factor de evolución, estrechamente ligado al primero pero distinguible de aquel, puede ser señalado en términos muy generales con la etiqueta de "consecuencias jurídicas de la globalización". Estas consecuencias jurídicas son numerosísimas y afectan muchas y diversas áreas del derecho, así que ni siquiera se puede intentar una enumeración, también porque el estudio de estos fenómenos está todavía en sus líneas iniciales, y mayores profundizaciones serán necesarias antes de que se pueda de verdad pensar tener comprendidos y definidos los efectos que la globalización produce sobre el plano jurídico[49]. Circunscribiendo el discurso a aquello que puede interesar al proceso civil, se pueden subrayar dos fenómenos particularmente importantes y que aparecen destinados a adquirir una relevancia siempre mayor.

El primero de estos fenómenos, es el rápido y fuerte incremento de la frecuencia de controversias transnacionales. Naturalmente que litigios que involucran a sujetos de diversa nacionalidad, siempre han existido, pero han tenido por mucho tiempo un rol total marginal respecto al contencioso existente ante los tribunales de los singulares Estados-naciones. La controversia-tipo, en suma, era típicamente la intranacional, o sea aquella que involucra a sujetos pertenecientes al mismo ordenamiento nacional. Sin embargo, las cosas han ido cambiando rápidamente, en el sentido que surgen siempre más numerosamente litigios que involucran a partes de diversa pertenencia nacional, como directa consecuencia del crecimiento vertiginoso de relaciones jurídicas de la naturaleza más diversa (pero sobre todo comercial y financiera) que tienen un carácter típicamente transnacional. Bajo este perfil, se asiste a una duplicación de los "sistemas del mundo" referidos a la justicia civil: a la dimensión estatal de las controversias, que naturalmente perdura, se superpone una diversa dimensión en la cual se coloca el siempre más intenso y frecuente entramado de controversias transnacionales[50]. No por casualidad, Habermas habla, para referirse a

aquello que frecuentemente se llama globalización o mundialización, de "constelación postnacional"[51], con una metáfora que puede ser oportunamente utilizada también a propósito de las transformaciones en curso en la justicia civil.

El segundo fenómeno que debe ser aquí señalado es la tendencia a la uniformidad cultural que comienza a manifestarse también en el ámbito de la cultura jurídica, además que en el ámbito de muchísimas áreas de la cultura en general (literaria, artística, cinematográfica, musical, etc.). También en la cultura jurídica la superación de los límites nacionales (o nacionalistas) es un fenómeno ya inevitable, además de oportuno, y está estrechamente conectado con la difusión y circulación de temas de orden general como las garantías constitucionales, los derechos humanos, el proceso justo, la efectividad de la tutela, entre otras[52]. Si la cultura jurídica, y lo mismo vale para el sector específico de la cultura procesalista, no quiere perder definitivamente el contacto con la realidad de la cual entiende ocuparse, y si no quiere permanecer estática en la espiral de solipsismo autorreferencial, debe encontrar el modo de participar en la circulación ilimitada de ideas que ya está *in re ipsa* en la dimensión globalizada del mundo. De otro lado, las tendencias postmodernas nos han ya acostumbrado a pensar en la cultura, no como un conjunto coherente, cerrado e inmóvil de contenidos dados una vez y para siempre, sino como una red móvil, variable y abierta, en continua transformación, en la cual muchos valores y diversos contenidos, también entre ellos no coherentes o directamente en conflicto, pueden entrar para combinarse o fundirse en complicados procesos de cambio. Estos fenómenos tienen lugar también al interior de los contextos nacionales en función de la emersión de una pluralidad de culturas también en el ámbito de los singulares sistemas, empero se verifican con particular intensidad a escala global[53]. Debido a que la red transnacional de relaciones jurídicas requiere un derecho más "ligero",

flexible, variable y policéntrico[54], la cultura jurídica puede y debe llegar a ser menos cerrada y sistemática, más variada y sujeta a evolución, centrada en muchos puntos de referencia cultural situados en varios lugares del mundo y no la tradicional, consolidada y autártica de un solo país. Todo esto debiera valer, *ça va sans dire*, también en lo que respecta específicamente al proceso civil y al sector de la cultura jurídica que se ocupa de él.

6.- Hacia nuevos modelos.

Los últimos decenios han, entonces, visto verificarse varias crisis de los modelos a los cuales tradicionalmente se reconducía la distinción entre sistemas procesales de *common law* y de *civil law*. Las transformaciones que se han verificado, y que en muchos aspectos están todavía en curso en numerosos ordenamientos, han provocado una clara fragmentación de los viejos esquemas y han dado lugar a múltiples fenómenos de "recomposición" del derecho procesal a través del complejo juego de interferencias entre sistemas diversos, circulaciones de modelos y trasplantes de instituciones de la naturaleza más variada. Se trata de fenómenos extremadamente complicados y de difícil interpretación, puesto que además están todavía *in progress* y no se vislumbra un momento conclusivo (admitiendo que en las transformaciones de los sistemas jurídicos, y de los procesales en particular, haya una conclusión). Lo único que se puede afirmar de un modo relativamente seguro es que los habituales y cómodos modelos descriptivos, que pretendían representar esquemáticamente las características fundamentales de los procesos de *common law* y de *civil law*, aparecen claramente superados y no resultan ya utilizables como instrumentos de conocimiento y descripción de varios ordenamientos.

Esto no implica, sin embargo, que no se pueda hablar más de modelos procesales como instrumentos teóricos destinados a servir al análisis comparado, además que -naturalmente- al específico conocimiento de los diversos sistemas. Pero sí se trata de imaginar modelos diversos de los tradicionales, no sólo porque ha cambiado la realidad que se quiere representar, sino también porque, para interpretar esta realidad, hoy parecen más útiles modelos de diversa naturaleza. Simplificando al extremo un discurso que debiera ser bastante más complejo, se podrían imaginar tres tipos fundamentales de modelos procesales: a) modelos estructurales, b) modelos funcionales; c) modelos supranacionales. Vale quizás la pena señalar muy resumidamente algunas de las características principales de esta tripartición.

a) Los modelos que pueden definirse como estructurales son en alguna medida más cercanos a los habituales modelos descriptivos, salvo en que se basan en sus caracteres "de estructura" del procedimiento y no sobre tal o cual aspecto de disciplinas procesales nacionales o de ordenamientos pertenecientes a específicas áreas geográficas o culturales. El problema fundamental está en definir lo que se entiende por estructura de un proceso, lo que lleva a la determinación de aquellos aspectos que se consideran fundamentales sobre la base de algún esquema cultural, o sea según juicios de valor en función de los cuales se establece qué cosa es importante y se distingue de aquello que no lo es. Un esquema cultural que puede ser identificado en el trasfondo (o la base) de las recientes transformaciones de los principales sistemas procesales lleva a identificar cuatro aspectos de la estructura del proceso que pueden considerarse fundamentales: 1) La actuación de las garantías fundamentales previstas en las distintas Constituciones o declaraciones de derechos, de algún modo reconocidas a nivel nacional e internacional (como el art. 6 de la declaración europea de derechos del hombre o en el art. 47 de la carta europea de derechos fundamentales), con particular referencia a la regla

audi et alteram partem y a la independencia e imparcialidad del juez; 2) la desformalización y simplificación del proceso; 3) la atribución al juez de funciones y responsabilidades "de gestión" en la dirección del proceso; 4) la adopción de un esquema procedimental a dos fases, una destinada a la preparación (y eventual resolución anticipada) de la causa, y la otra destinada a la asunción de las pruebas y a la decisión. Los particulares ordenamientos pueden evidentemente presentar estos aspectos con intensidad diversas y con variadas modalidades: ellos constituyen de algún modo puntos de partida para imaginar una "estructura ideal" del proceso civil. Un modelo articulado sobre estos cuatro aspectos puede también ser útil ya sea como esquema heurístico, o como estándar de referencia para determinar y valorar el grado de evolución de cada ordenamiento procesal.

b) Los modelos que podemos definir como funcionales, consideran esencialmente la instrumentalidad del proceso, como medio para conseguir los resultados a los cuales se orienta al justicia civil. No es necesario esforzarse ahora en la definición de estas finalidades que nos llevaría a la compleja discusión relativa a los desarrollos institucionales del proceso. Se puede razonablemente suponer que estas finalidades tiendan, en cualquier caso, a la resolución de las controversias según criterios de justicia[55], y moviéndose desde esta premisa se pueden indicar las características principales que el proceso debe tener para ser funcional a la obtención de este objetivo: 1) efectividad de la tutela procesal (con particular referencia al acceso a los tribunales, a la tutela cautelar y a la tutela ejecutiva), ya que una protección ineficaz de los derechos equivale a ninguna protección; 2) rapidez en la resolución de las controversias (también y sobre todo, antes de la conclusión del proceso), por la obvia razón de que *justice delayed is justice denied*; 3) adecuación específica del procedimiento respecto a la finalidad de tutela de las varias situaciones jurídicas (eventualmente también a través del acceso a procedimientos diferenciados), ya que una

tutela inadecuada respecto a las concretas finalidades por las cuales ella viene solicitada por quien tiene necesidad, equivale, todavía más, a no asegurar ninguna protección judicial de los derechos. También bajo el punto de vista funcional, los particulares y concretos ordenamientos pueden ser más o menos cercanos a un modelo ideal, según el grado y las modalidades con las que se provean instrumentos eficientes para conseguir las finalidades esenciales de la tutela jurisdiccional. De otro lado, tal modelo ideal es útil sea para comparar los variados sistemas procesales concretos, sea para establecer su distancia respecto de la situación que puede considerarse óptima, sea para formular valoraciones y configurar proyectos de reforma.

c) Los modelos supranacionales pueden ser estructurales y funcionales, empero se caracterizan por el hecho de referirse a dimensiones que van más allá de los límites nacionales de los particulares ordenamientos procesales. Pudiendo ser estructurales y funcionales, estos modelos pueden ser analizados en los términos recién indicados en los puntos *a)* y *b)*, de una manera similar a lo que puede acontecer para los modelos nacionales. Sin embargo, presentan características peculiares que llevan a distinguir dos principales subcategorías:

1) pueden ser modelos que consideran procedimientos específicos para las controversias transnacionales. Un interesante ejemplo está representado por los *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure* que están en curso de elaboración por parte de la *American Law Institute* y de UNIDROIT. Este conjunto de normas está dirigido a regular de un modo uniforme el proceso en las controversias transnacionales (principalmente aquellas de naturaleza comercial), dejando de lado el tradicional principio de derecho internacional de la *lex fori* procesal y haciendo cada vez más irrelevante -al menos en alguna medida- el

problema de la jurisdicción nacional y de la diversificación de los sistemas procesales nacionales[56];

2) otros modelos se caracterizan por el hecho de ponerse como puntos de referencia para la unificación, o al menos armonización, de las disciplinas procesales nacionales de países que pertenecen a amplias áreas geográficas y culturales. Estos modelos pueden considerar algunos aspectos particulares del procedimiento, o bien pueden dirigirse a abarcar todo el proceso civil. Un ejemplo del primer tipo, está representado por el "Proyecto Storme", cuya finalidad está en unificar la regulación de algunos institutos procesales en los ordenamientos del área europea[57]. Un importante ejemplo del segundo tipo está representado por el *Código Modelo* latinoamericano, que se pone precisamente como modelo para una reglamentación unificada del proceso en los ordenamientos nacionales del área de América latina[58].

El discurso sobre esta tipología de modelos procesales, sobre sus implicaciones y variaciones, y sobre lo que se considera esencial para la definición de cada singular modelo, requeriría evidentemente un largo y complejo análisis que aquí no puede siquiera ser encaminada. Sin embargo, estas pocas señales deberían bastar para hacer entender que estos nuevos modelos representan instrumentos conceptuales potencialmente útiles para el análisis, también comparado, de los ordenamientos procesales actuales y futuros. Además, está en el ser de estos modelos el que pueda ser recuperado el significado remanente de la distinción entre sistemas procesales de *common law* y de *civil law*, como una manera sintética de aludir a diferencias que han tenido un significado histórico en ocasiones considerable, y que en alguna medida todavía distinguen al proceso angloamericano respecto del proceso europeo continental. De otro lado, como ya se ha tratado de dejar claro, el núcleo fundamental de mis consideraciones no consiste en la negación de las diferencias que aún existen entre los ordenamientos

procesales que pertenecen más bien a un grupo que al otro, sino en la toma de conocimiento de la superación de los modelos tradicionalmente utilizados para describir y distinguir a los dos grupos, y de las consiguiente necesidad de reinterpretar la cambiante realidad de los varios sistemas procesales por medio de esquemas cognitivamente más actualizados y heurísticamente más eficaces.

Citas:

1 Véanse, en particular, los trabajos recogidos en la obra *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980.

2 De modelos culturales como fundamento y objeto del estudio del derecho comparado hablaba ya DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, en *L' apporto della comparazione*, cit., pp. 212 ss. A propósito, véase últimamente, MONATERI, *Critica dell'ideologia e analisi antagonista: Il pensiero di Marx e le strategie della comparazione*, en Riv. crit. dir. priv., 2000, pp. 710 ss., quien oportunamente subraya la inexistencia de la neutralidad pretendida por una parte de la doctrina comparada.

3 Sobre la relación funcional entre comparación y reformas procesales, véase en particular, DENTI, *op. cit.*, pp. 204 ss.; CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*, Bologna, 1994, pp. 25 ss. A propósito, se puede observar que, si por un lado el estudio comparado puede ser útilmente orientado a preparar reformas, del otro, es difícil pensar que buenas reformas puedan ser realizadas sin un adecuado conocimiento de cómo otros legisladores han afrontado y resuelto -ya lo creo que en modo eficaz- los mismos problemas. Esta observación sería absolutamente banal si no ocurriese en Italia -aunque cosas parecidas suceden probablemente también en otros lugares- que reformas importantes y necesarias sean confeccionadas y puestas en vigor en la más rigurosa y obstinada ignorancia de aquello que acontece en otros ordenamientos. El hecho que reformas provincianas y autárticas terminen luego fracasando en sus objetivos no puede maravillar, empero

este es un discurso preponderantemente italiano que excede los límites de la presente exposición.

4 Véase, CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 11 ss.

5 Sobre las principales características de esta figura, véase TARUFFO, *L'insegnamento accademico del diritto processuale civile*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1996, pp. 553 ss.

6 Sobre el particular, véanse las observaciones de CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, en CHIARLONI, *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995, pp. 3 ss. Extrañamente ninguna discusión metodológica sobre la idea de modelo aparece en la obra más reciente sobre el tema, vale decir GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesis sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000, dado que la autora se limita a usar algunos modelos sin explicar el fundamento.

7 Para un panorama comparado sobre el tema, véase CAPPELLETTI, *Procédure orale et procédure écrite*, Milano-New York, 1971.

8 El proceso de *common law* conoce de numerosos actos escritos con variados nombres (*pleadings, writs, briefs, motions,* y otros más todavía): de hecho, son escritos no sólo los actos introductivos, sino que también la mayor parte de los actos por medio de los cuales se desarrolla la fase de *pre-trial*: sobre estos actos, véase HAZARD e TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, pp. 125 ss.; TARUFFO, *Diritto processuale civile dei Paesi anglosassoni*, voz del *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, Torino, 1990, VI, pp. 347 ss.

9 Véase, SUBRIN, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, en 135 U. Pa. L. Rev., 1987, pp. 926 ss.; CAPPELLETTI, *op. ult. cit.*, pp. 68 ss.

10 Véase, a modo de ej., refiriéndose predominantemente al proceso penal, GRANDE, *op. cit.*, pp. 47 ss.

11 Para un análisis comparado de la contraposición aludida, véase, por todos, DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it. Bologna, 1991, pp. 30 ss., y *Evidence Law Adrift*, New

Haven-London, 1997, pp. 74 ss. Sobre este asunto, véase también, TARUFFO, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padova, 1979; ID., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 339 ss.

12 Véase DAMASKA, *I volti della giustizia*, cit., p. 34.

13 Véanse las referencias *supra*, en la nota 9, a las cuales se agrega TARUFFO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 327; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, rist. 1982, pp. 532 ss.

14 Para más amplias observaciones al respecto, con referencia al código de procedimiento civil italiano de 1865, véase TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna, pp. 142 ss.

15 Este proyecto era sostenido, por ej., en la obra fundamental de CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, pero se le encuentra también en la base de las referencias comparadas que CHIOVENDA llegó a sostener en su obra de propaganda a favor del principio de oralidad (véase, en efecto, *Lo statu attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, ahora en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993, I, pp. 395 ss.).

16 Véanse los arts. 200 ss. del *Code de procédure civile.*

17 Véanse los actuales arts. 275 a 281 *quinquies* c.p.c. (mientras parece destinado a permanecer inaplicado el art. 281 *sexies*, que prevé la posibilidad de desarrollo oral con inmediato pronunciamiento oral de la sentencia motivada en la audiencia). No por casualidad, al justificar la eliminación sustancial de la audiencia de discusión, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 172, la define como una "inútil farsa".

18 Véase, también para referencias, DAMASKA, *I volti della giustizia*, cit., pp. 231 ss.; ID., *Evidence Law Adrift*, cit., pp. 76 ss.; TARUFFO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 341; ID., *El processo civile "adversary"*, cit, pp. 117 ss.

19 Véase, *CPR, rule* 1.1, dónde las mismas *Rules* son expresamente definidas como "a new procedural code".

20 En la literatura italiana sobre el tema, véase, también para amplias referencias bibliográficas, PASSANTE, *La reforma del processo civile inglese: principi generali e fase introductiva*, en *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2000, pp. 1363 ss., pp. 1378 ss.

21 Véase RESNICK, *Managerial Judge*, en 96 Harv. L. Rev., 1982, pp. 376 ss. Sobre el cambio de la función del juez provocado por la difusión de la *public law litigation* debe ser recordado también el clásico trabajo de CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in 89 Harv. L. Rev., 1976, pp. 1284 ss.

22 En la literatura reciente sobre el tema, véase, a modo de ej., SCHWARTZER, *Case Management in the Federal Courts*, en C.J.Q., 1996, pp. 141 ss., y en particular *Just, Speedy and Inexpensive? An Evaluation of Judicial Case Management Ander the Civil Justice Reform Act*, Santa Monica, Calif., 1996.

23 Véase *CPR, rule* 32.1. (1) *(a) (b) (c)* y 32.1.2.

24 Véase la *Rule* 614 *(a)*, que prevé el poder de oficio del juez para disponer prueba testimonial no solicitada por las partes, la *Rule* 614 *(b)*, según la cual el juez puede interrogar los testigos presentados por las partes, y la *Rule* 706 relativa al poder del juez de nombrar peritos de oficio.

25 Véase TARUFFO, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 347 ss., 367 ss.; HAZARD y TARUFFO, *op. cit.*, pp. 151 ss.; JACOB, *La giustizia civile in Inghilterra*, trad. it. Bologna, 1995, pp. 147 ss.

26 Véase TARUFFO, *op. cit.*, pp. 348, 353 ss., 360 ss.

27 Véase, en particular, JACOB, *op. cit.*, pp. 77 ss.

28 Véase HAZARD y TARUFFO, *op. cit.*, pp. 130 ss.

29 Véase, en particular, GROSS y KENT, *Don't try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement*, en 44 *UCLA L. Rev.*, 1996, pp. 1 ss.

[30] Véase JACOB, *op. cit.*, pp. 154 ss.

[31] Sobre el declive del *trial by jury* en Inglaterra y en los Estados Unidos véase, en particular, DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, cit., pp. 126 ss.

[32] En el muy reducido porcentaje de casos que llegan al *trial* para ser decididos mediante sentencia, el jurado resulta estar presente con una frecuencia de alrededor del 80 por ciento de las causas de indemnización de perjuicios: véase KIRKPATRICK, *Evidence Law in the Next Millenium*, en 49 *Hastings L.J.*, 1998, pp. 365 ss.

[33] La concepción garantística del jurado explica la extensión del *jury trial*, materializada en 1991, a los casos de discriminación en materia laboral (42 U.S.C. par. 1981 a *(c)* (1991)).

[34] Véase *Code Louis. T.I. Ordonnance civile (1667)*, rist. Milano, 1996, sobre el cual véase PICARDI, *Il giudice a la legge nel "Code Louis"*, en *Riv. dir. proc.*, 1995, pp. 33 ss.

[35] Véase SELLA, *Il procedimento civile nella legislazione statutaria italiana*, Milano, 1927, y una breve noticia en TARUFFO, *La giustizia civile*, cit., pp. 8 ss.

[36] Véase GORLA, *I Tribunali Supremi degli Stati italiani, fra i secoli XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati (disegno storico-comparativo)*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, 1977, I, pp. 447 ss.; ID., *I "Grandi Tribunali" italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto nella storia politico-giuridica d'Italia*, en *Quaderni del Foro italiano*, 1969, pp. 629 ss.

[37] La referencia es a los actos fundamentales de institución (1495) y de reforma (1555) del *Reichskammergericht*. Sobre el proceso ante este órgano es fundamental la investigación de RANIERI, *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption. Eine rechts-und sozialgerichtliche Analyse der Tätigkeit des Reichskammergerichts im 16. Jahrhundert, Köln-Wien, 1985, I,* especialmente pp. 195 ss. Véase además la amplia bibliografía citada ivi, pp. 19 ss.

38 Véase *Codex Fridericianus Marchicus. T.I, Project des Codicis Fridericiani Marchici*, 1748, rist. Milano, 200, y ivi, pp. XI ss., la presentación de MOHNHAUPT.

39 Véase *Regolamento giudiziario di Giuseppe II. 1781*, rist. Milano, 1999, y ivi la *Prefazione* de PICARDI (publicada también en *Riv. dir. proc.*, 2000, pp. 36 ss) y *l'Introduzione* de OGRIS y OBERHAMMER.

40 Véase VIORA, *Le Costituzioni piamontesa (Leggi e Costituzioni di S.M. il Re di Sardegna). 1723-1729-1770*, Torino, 1928, y una breve noticia en TARUFFO, *op. ult. Cit.*, pp. 19 ss.

41 Sobre la influencia del código procesal francés en los códigos italianos del siglo XIX, véase TARUFFO, *op. ult. Cit.*, pp. 55 ss.

42 A propósito de la influencia ejercitada por el código austríaco en el pensamiento de Chiovenda, véase TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1973, pp. 699 ss.

43 Véase, en particular, los trabajos de NAKAMURA recogidos en *Japan und das deutsche Civilprozessrecht-Sammelband der zivilprozessualen Abhandlungen*, Tokyo, 1996.

44 A propósito, véase GIUSSANI, *Studi sulle "class action"*, Padova, 1996.

45 Véase TARUFFO, *op. ult. cit.*, pp. 70 ss.

46 Sobre estos aspectos del nuevo proceso español, véase, en la ya rica literatura sobre el tema, DE LA OLIVA SANTOS y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2000, pp. 11 ss., pp. 563 ss.

47 Para la traducción italiana del código de procedimiento civil chino y varias leyes relativas a la administración de justicia, véase *Ricerche sul processo. 7. Il processo civile cinese*, Rimini, 1998, con ensayos introductorios y comentarios de varios autores.

48 Véase la *Ley orgánica del Tribunal del Jurado* del 22 de mayo de 1995, sobre la cual véase *Comentarios a la Ley del Jurado* coordinado por DE LA OLIVA SANTOS, Madrid, 1999.

49 En la literatura italiana sobre el tema deben ser necesariamente señalados FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e dirriti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, y los trabajos recogidos en *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, a cura di FERRARI, RONFANI y STABILE, Milano, 2001.

50 Discuto más ampliamente estos fenómenos en mis *Note sulla dimensione transnazionale della controversia civile*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, pp. 1055 ss., trabajo recogido en el capítulo IV de TARUFFO, *Sui confini, scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, pp. 99 ss. En general, sobre esta dimensión, aunque sea en una concepción en parte diversa, véase también, CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia*, cit., pp. 39 ss.

51 Véase HABERMAS, *La costellazione postnazionale*, trad. it. Milano, 1999.

52 Para un amplio análisis de esta tendencia, y para referencias bibliográficas, véase mi *Dimensioni transculturali della giustizia* civile, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, pp. 1047 ss., especialmente 1058 ss., trabajo también recogido en el capítulo I de TARUFFO, *Sui confini*, op. cit., pp. 11 ss.

53 Véase, por todos, FRIEDMAN, *The Horizontal Society*, New Haven-London, 1999 (trad. it. *La società orizzontale*, Bologna, 2002).

54 Véase FERRARESE, *op. cit.*, pp. 133 ss.

55 Extraigo esta sintética definición desde la obra más importante en materia de instrumentalidad y finalidad del proceso, o sea DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 9ª ed., Sao Paulo, 2001, p. 161, a la cual reenvío para un amplio y profundo análisis sobre el tema.

56 Véase *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, American Law Institute, Philadelphia, 2001 (texto provisorio). El proyecto ha sido publicado, con ensayos introductivos de HAZARD, GIDI, STÜRNER y TARUFFO, en 33 *NYU J. Int. L. and Pol.*, 2001, pp. 769 ss. Para una discusión del proyecto, véase *Vers un procès civil universal? Les règles transnacionales de procèdure civile de l'American Law Institute*, Paris, 2001.

[57] Véase *Rapprochement du droit judiciare de l'Union européenne _ Approximation of judiciary law in the European Union*, al cuidado de M. STORME, Dordrecht, 1994.

[58] En la literatura en idioma italiano sobre el tema, véanse las relaciones publicadas en el volumen *Un "codice tipo" de procedura civile per l'America Latina*, al cuidado de SCHIPANI y VACCARELLA, Padova, 1990. es interesante destacar que al *Código Modelo* se hace referencia también en los proyectos de reforma de la justicia civil de los países de centro América: véase FIELD, en FISHER, *Legal Reform in Central America. Dispute Resolution and Property Systems*, Cambridge, Mass., 2001.

Poderes Probatorios de Las Partes y del Juez en Europa*

1. Introducción

Un análisis adecuado del tema de los poderes del juez en los ordenamientos procesales europeos, no puede agotarse en el breve espacio de una ponencia. La exposición que sigue tiene que estar limitada, entonces, a algunas referencias de los aspectos más relevantes de los ordenamientos, algunas observaciones introductorias[1] y algunas consideraciones finales.

Una primera observación, de carácter terminológico, concierne al empleo de la expresión [inquisitorio]. Este término está tan cargado de implicancias retóricas que lo hacen confuso o –en el mejor de los casos- inútil. Las implicancias retóricas son normalmente usadas con el objetivo de dar una valoración negativa a todo aquello a lo que se refiere (evocando más o menos explícitamente el espíritu de la Santa Inquisición, en cuyos procesos el investigado no tuvo ningún poder de defensa ante un tribunal omnipotente) El término [inquisitorio] es, por tanto, confuso porque no ha existido nunca, y no existe hoy

* Originalmente publicada en: Rivista trimestrale de diritto y procedura civile. Año LX - 2006. pp. 451-482. Ponencia presentada por el autor en la XXV Convención Nacional de la Asociación italiana de estudiosos del proceso civil, llevada a cabo en Cagliari, el 7 y 8 de octubre del 2005 sobre «La prueba en el proceso civil».

en ningún ordenamiento, un proceso civil que pueda considerarse verdaderamente inquisitorio: es decir, en el que las partes no tengan derechos o garantías y todo el proceso sea impulsado de oficio por el juez. De otra parte, no es el caso que la tradicional contraposición entre *proceso adversarial* y *proceso inquisitorio* esté privada de validez sobre el plano de la comparación entre modelos procesales[2]. Por estas razones parece particularmente útil una operación de terapia lingüística consistente en dejar de usar el término [inquisitorio], al menos con referencia al proceso civil. Es más oportuno hablar de modelos mixtos para indicar aquellos ordenamientos procesales –que actualmente son muy numerosos- en los que se prevén extensos poderes de instrucción al juez*, junto a la plena posibilidad que las partes tienen de deducir todas las pruebas admisibles y relevantes para la comprobación de los hechos[3].

Otro apunte preliminar particularmente importante concierne a la cuestión de si los poderes de instrucción del juez pueden ser considerados como un problema político, o sea, si la atribución al juez de poderes de iniciativa de instrucción, implica la asunción de una ideología política antiliberal y sustancialmente autoritaria, o incluso totalitaria. La cuestión no es nueva[4], y ha generado discusiones recurrentes en la doctrina del proceso civil. Sin embrago, ella es objeto de un reciente *revival*, particularmente en Italia[5] y en España[6], pero también en otro lugar[7], así que acerca de esto es inoportuno hacer algunas consideraciones.

No es posible aquí examinar la tesis en todas sus versiones y variantes: en sustancia, tal tesis afirma que la presencia de un juez dotado de poderes de Instrucción autónomos sería uno de los indicadores seguros del hecho de encontrarnos en un sistema autoritario, mientras un sistema auténticamente liberal no debería atribuirle al juez ningún poder de iniciativa de instrucción. No está claro, en los términos en que generalmente esta tesis es expresada, si se entiendo que sería

autoritario y antiliberal el proceso en que el juez cuenta con poderes de instrucción autónomos, o si se tiene que considerar como autoritario, totalitario y antiliberal también el sistema político en el que semejantes poderes le son atribuidos al juez civil. En la primera hipótesis, todo el discurso amenaza a reducirse a un juego circular de definiciones: en realidad, se puede llamar [autoritario] al proceso en que el juez tiene poderes de instrucción, y llamar [liberal] al proceso en que el juez está privado de tales poderes[8]. Esto en el empleo lingüístico es bastante común, aunque pueda parecer incongruente definir como simplemente [liberal] un proceso caracterizado por el monopolio de las privados sobre los medios de prueba, puesto que un proceso semejante pudiera ser [no liberal] bajo otros puntos de vista, por ejemplo no asegurando la independencia del juez[9]. El primer uso lingüístico es aún más incongruente ya que un proceso en que el juez cuenta con poderes de instrucción no implica ningún [autoritarismo] procesal, pudiendo tales poderes configurarse como puramente supletorios y complementarios con respecto de los de las partes, y pudiendo el juez desarrollar un papel completamente secundario, o marginal, en la recolección de las pruebas[10].

Además, como a menudo ocurre, el juez puede prescindir de ejercer sus poderes, así que no se tendría, en realidad, ningún gesto autoritario en la instrucción probatoria. Este modo de usar el lenguaje no es, en todo caso, neutral, en virtud de la valoración negativa que el uso retórico del término [autoritario] le da al proceso en que el juez está dotado con poderes de instrucción, y de la valoración positiva que el término [liberal] retóricamente atorga al proceso en que el juez está privado de tales poderes[11]. Se trataría pues de un juego de definiciones determinadas no particularmente útil pero tampoco inocuo: es, en todo caso, oportuno no valerse de definiciones semejantes, ya que ellas parecen precursoras de confusiones y tergiversaciones.

La segunda de la hipótesis antes indicada (o sea, aquella según la cual existiría una conexión directa entre la presencia de poderes de instrucción del juez y la naturaleza autoritaria del sistema político en la que tales poderes son previstos) parece tener un contenido más serio y laborioso y , por lo tanto, merece alguna ulterior mención. En sus versiones corrientes, esta orientación es incierta por varias razones, relativas, ante todo, a la falta de una teoría política creíble y suficientemente articulada. Por ejemplo, generalmente no se distingue entre los muchos tipos de régimen político que, en su momento, son calificados como autoritarios, poniendo junto cosas bastante diferentes como el fascismo, el comunismo, el socialismo[12], el Estado asistencial e intervencionista, el Estado social, etcétera. De este modo la calificación de [autoritario] se hace así vaga y genérica por resultar sustancialmente falto se sentido[13]. De otra parte, no se distingue ni siquiera entre las varias especies de liberalismo, así que no se logra comprender si se habla de la concepción de Nozick, de Rawls14, de Mill, de Hayek, de Croce o de algún otro exponente de la teoría política liberal. En realidad, los partidarios de la orientación que aquí se considera, no se interesan en la teoría política, y menos se preocupan por definir los conceptos políticos que emplean[15]. Resulta, sin embargo, claro cuál es el tipo de sistema liberal al cuál se dirigen sus preferencias: estos son –genéricamente- aquellos sistemas del siglo XIX en los que estuvieron vigentes las concepciones del proceso civil típico del individualismo propietario[16], con la exaltación de la autonomía de las partes como valor absoluto y prioritario de actuar a cualquier coste, y privilegiado con respecto a cualquier exigencia de funcionalidad y eficiencia del procedimiento[17].

Además, no se considera que la contraposición fundamental, como se observa en la ya clásica obra de Neumann, se dé entre liberalismo y autoritarismo, sino entre estado democrático y estado autoritario[18]. La diferencia es importante porque han existido sistemas políticos que

se inspiraron para algunos aspectos en la ideología liberal, pero que ciertamente no pueden ser definidos como demócratas. La Italia de la segunda mitad del siglo XIX –al que algunos defensores de *revival* hacen referencia- fue por algunos calificada como [liberal], y lo fue en particular en el ámbito de la justicia civil, puesto que el juez configurado por el código procesal de 1865 fue sustancialmente pasivo y no contó con poderes de instrucción autónomos[19]. Sin embargo, el régimen de la época no fue ciertamente democrático, puesto que –para citar un solo aspecto- el derecho a voto correspondió solamente a un reducido porcentaje de ciudadanos varones. De otra parte, han sido varios los regímenes autoritarios en los que el proceso civil permaneció como monopolio de las partes con respecto a la dirección del proceso y a la disponibilidad de los medios de prueba: basta pensar en el código napoleónico de 1806[20], que sirvió luego de modelo a numerosas codificaciones del siglo XIX, al reglamento procesal austriaco de 1815[21], a la Italia fascista, dónde hasta 1942 estaba en vigor el código [liberal] de 1865, o a la España franquista, en el que estaba en vigor la [liberal] Ley de enjuiciamiento civil de 1881.

Por oposición, existen numerosos sistemas demócratas en los que el juez cuenta con amplios poderes de instrucción, como ocurre p.e. en Francia, en Suiza y en Alemania[22]. En resumen: es verdad que los sistemas que se inspiraron en la ideología liberal clásica han producido ideologías procesales vinculadas a la presencia de un juez pasivo y al monopolio de todos los poderes procesales y probatorios reservado a las partes: es cuanto se ha verificado, por ejemplo, en los Estados Unidos con la configuración del *adversarial system of litigation*[23], en Italia con la codificación procesal del 1865[24], y casi todas las codificaciones procesales del siglo XIX. No es verdad, en cambio, que los regímenes *soi-disant* liberales tengan o hayan tenido sistemas procesales con un juez falto de poderes de instrucción. Por oposición, incluso, es verdadero

que algunos regímenes autoritarios, como el soviético[25], extendieron de modo relevante los poderes de instrucción del juez, pero también es verdad que no todos los regímenes autoritarios lo han hecho, cõmo demuestran los ejemplos antes referidos de la Italia fascista, de la Alemania nazi y de la España franquista.

Es, por otra parte, verdad que muchos regimenes no autoritarios –como se verá- han introducido relevantes poderes de instrucción. El hecho es que los poderes de instrucción del juez han sido introducidos en algunos regímenes autoritarios, y en muchos regímenes democráticos, cuando estos últimos han abandonado la ideología liberal clásica para seguir ideologías más desarrolladas en las que se configura un papel activo del estado de gobierno de la sociedad. Si estas ideologías son o no son autoritarias es –una vez más- un problema de definiciones o un problema de teoría política que no puede ser adecuadamente afrontado en esta sede: sería, en todo caso, paradójica la tesis según la cual existirían sistemas democráticos que admiten modelos autoritarios del proceso civil.

Consideraciones generales de este género serían probablemente suficientes para demostrar que las ecuaciones del tipo [poderes de instrucción del juez = régimen autoritario] y [juez pasivo = régimen liberal] son vagas y genéricas, y se reducen a *slogans* polémicos faltos de valor científico[26]. Ya que, sin embargo, esta ecuaciones corresponden a posiciones bastantes difundidas, merece la pena determinar si por casualidad ellas tengan algún fundamento bajo la perspectiva comparativa e histórica.

2. Tipología de los poderes de instrucción del juez

Incluso limitando el análisis a los principales ordenamientos procesales europeos, es oportuno distinguir al menos tres tipos de enfoques legislativos al problema de los poderes de instrucción del juez.

a) Un primer modelo está representado por los ordenamientos en los que el juez está dotado de un poder general de disponer de oficio la adquisición de pruebas, no deducidas por las partes, que cree útiles para la comprobación de los hechos. Ya en el ámbito de esta situación, se necesita introducir una ulterior distinción, indispensable tanto bajo la perspectiva sistemática, como desde el punto de vista ideológico. Hace falta, en efecto, precisar si el juez tiene un deber de adquirir de oficio todas las pruebas relevantes, o bien si él tiene sencillamente el poder de proceder en tal sentido.

a1) La primera situación fue típica de los ordenamientos del tipo soviético, en los que se impuso al juez el deber de investigar de oficio semejante verdad (gracias a una peculiar concepción filosófica de la verdad derivada de la doctrina del materialismo dialéctico, y a una teoría del proceso según la cual la decisión judicial tuvo que basarse en la verdad [material] de los hechos). Se previó más bien la nulidad de la sentencia en la que la verdad material hubiera sido verificada(27).

a2) La segunda situación, o sea aquella en la cual el juez tiene un poder discrecional general de disponer de oficio la adquisición de pruebas no deducida por las partes, está presente en varios ordenamientos de tipo no soviético. Un caso particularmente interesante es el de Francia, donde el art. 10 del *code de procédure civil*, en la parte del código que concierne a los principes directeurs du procés, dice que el juez *[a la pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles]*. Se trata evidentemente de un poder discrecional y no de

un deber: sin embargo el juez francés tiene la posibilidad de disponer la adquisición de todos los medios de prueba admisibles que crea útiles para establecer la verdad de los hechos, yendo más allá de las deducciones de parte[28].

Según la orientación antes referida, estaríamos aquí en presencia de un sistema claramente autoritario, e incluso fuertemente autoritario, dada la extensión general de los poderes de instrucción que le son atribuidos al juez, pero una tesis de este género parece evidentemente absurda. Sobre el plano del proceso, en efecto, no sólo el legislador francés actúa rigurosamente el principio dispositivo, (cfr. p.e. los arts. 1, 4 y 5 del código)[29] sino que realiza de manera particularmente intensa el principio del contradictorio (cfr. los art. 14 y 16)[30] con una tutela de los derechos de las partes más amplias que aquella que existe en muchos otros ordenamientos, incluido el nuestro. El poder atribuido al juez francés de disponer de oficio la adquisición de todas las pruebas admisibles, proviene de una tendencia más general, históricamente emergente en Fracia, en el sentido de acentuar el papel del juez en el proceso civil[31], que, sin embargo, no parece tratarse de cuestiones autoritarias[32] y, más bien, parece indispensable para realizar una gestión eficiente del proceso civil[33]. Se trata, de otra parte, de un poder discrecional, que obviamente el juez está libre de no ejercer sino reconoce en ello una necesidad. Parece, más bien, que los jueces franceses raramente se sirven de ello[34], probablemente porque –como por lo demás es obvio en todos los sistemas procesales- las partes son activas en deducir todas las pruebas que hacen falta para la comprobación de los hechos, haciendo superflua la intervención del juez. No por azar el manual francés –no sospechoso de simpatías autoritarias- dedica escasa atención al tema de los poderes de instrucción del juez[35], frente a una norma como el art. 10, insertada en el contexto total de la justicia civil francesa. Parece, en todo caso, difícil pensar que Francia haya tenido en los últimos treinta

años –o sea a partir de la entrada en vigencia del *code de procédure civile*- un régimen autoritario[36].

Igualmente difícil es pensar que en los últimos sesenta años lo haya sido Suiza, donde el art. 37 de la ley procesal federal de 1947 prevé, en general, que el juez pueda disponer pruebas no deducidas por las partes[37].

Surge luego otra complicación, relativa al hecho de que en varios ordenamientos procesales el juez tiene pocos poderes de instrucción, o no tiene ninguno en el proceso ordinario, mientras que cuenta con amplios poderes de iniciativa de instrucción en algunos procesos especiales. Como en el caso del proceso del trabajo en Italia, y también de varios procesos especiales en España[38]. En estos casos haría falta pensar que el ordenamiento procesal y también al correspondiente sistema político, están enfermos de alguna forma de esquizofrenia, siendo liberales y autoritarios al mismo tiempo en sectores diferentes de la justicia civil.

b) Un segundo modelo, en el que se inspira la mayor parte de los ordenamientos actuales –entre los que, por ejemplo, están Italia y Alemania- prevé que al juez sean atribuidos algunos poderes de iniciativa de instrucción. Naturalmente, estos poderes pueden ser más o menos numerosos y más o menos amplios, según cada caso. Surge, sin embargo, una tendencia bastante clara al incremento de los poderes de instrucción del juez que se manifiesta también en Italia, p.e. con la reciente introducción del art. 281 –ter[39].

Sobre la naturaleza autoritaria o no autoritaria del proceso civil italiano no es el caso extenderse en esta sede. Quería sólo remarcar la opinión que expresé hace años[40], y que parece todavía oportuna, según la cual el código de procedimiento civil italiano no fue para nada

un código [fascista], salvo algunas apariencias retóricas que –quizás inevitablemente, puesto que se dio en 1940- estuvieron presentes en la Relazione[41]. Frente al principio de disponibilidad de las pruebas establecidas en el art. 115, y de realización del principio dispositivo de las partes en normas como los arts. 99, 101 y 112, la atribución al juez de algunos poderes de instrucción fue modesta, limitada, y ciertamente no como para ser el juez el *dominus* absoluto y autoritario de la comprobación de los hechos como la experiencia aplicativa de las décadas siguientes ha demostrado claramente. En cuanto a reformas más recientes, como la que ha introducido en 1998 el art. 281 –*ter*, no se puede decir ciertamente que ellas hayan perturbado el sistema procesal, vulnerando los derechos de las partes y dejándolas en manos de un juez inquisidor.

El juez alemán está tradicionalmente dotado de una gama bastante amplia de poderes relativos a la prueba de los hechos. Ante todo, él tiene que discutir y aclarar con las partes, que son llevadas a proveerle informaciones completas y verdaderas, todos los hechos relevantes de la causa, dando a las partes las oportunas indicaciones[42]. Además, él puede contar sustancialmente de oficio con todos los medios de prueba, con la sola excepción de la prueba testimonial[43]. En el caso en que las partes no hayan deducido una prueba testimonial que el juez considera relevante, él puede, sin embargo, preguntar a las partes si han considerado esta posibilidad y por qué no la han aprovechado[44] lo que puede inducir fácilmente a las partes a ofrecer el testimonio que omitieron indicar.

Los poderes de instrucción del juez alemán han sido incrementados significativamente en el 2001 –con la introducción en el 142 del *Zivilprozessordnung*- del poder de ordenar de oficio a las partes y a los terceros la exhibición de documentos a la que una parte haya hecho referencia y –en el 144- del poder de disponer la inspección de cosas[45].

El juez alemán viene, pues, a tener un poder casi general de iniciativa de instrucción. Se trata por lo tanto de un juez que desarrolla un papel muy activo, tanto en la dirección del proceso como en la gestión de la fase de instrucción. Esta función del juez alemán ha ido progresivamente extendiéndose y fortaleciéndose en virtud de muchas reformas que han sido introducidas a lo largo de todo el curso del siglo XX. Tales reformas estaban dirigidas a reducir progresivamente el monopolio de las partes sobre el proceso y sobre las pruebas, previsto en la formulación originaria del *Zivilprozassordnung* de 1877, y a confiarle al juez la tarea de administrar el proceso de modo eficiente, atribuyéndole los necesarios poderes(46).

No es aquí posible recorrer la compleja historia de las reformas procesales alemanas. Vale la pena subrayar como ellas no han sido actuadas bajo la influencia de la ideología nacional socialista. Es verdad, en efecto, que el nazismo le atribuyó al juez un rol central en la ideología del Estado, pero también es verdadero que no influyó de modo directo y preciso en el tema de los poderes de instrucción del juez en el proceso civil. Tampoco la reforma de 1933, que incidía de modo importante sobre la estructura del proceso civil, implicó una novedad relevante bajo este punto de vista, y fue, en todo caso, el fruto de tendencias de política legislativa precedentes, antes que de la ideología nazi(47). No se puede decir, pues, que el nazismo haya determinado el paso de una concepción [pasiva] es decir [liberal] a una concepción activa y por lo tanto [autoritaria] del papel del juez, puesto que esta transformación ya había ocurrido, en amplia medida, con las reformas del período liberal, en la época precedente a la instauración del régimen nazi. Tampoco se puede decir, más específicamente, que el nazismo haya provocado una ampliación de los poderes de instrucción del juez en el proceso civil(48).

De otra parte, para referirnos a épocas más recientes, debemos preguntarnos si la Alemania del 2001 (en la que la última reforma

amplía significativamente estos poderes) es un régimen autoritario que aspira a que el juez civil sea el *longa manus* de un poder dictatorial en el proceso, casi como si el *Führerprinzip* no hubiera sido superado[49].

A propósito de los ordenamientos democráticos que atribuyen al juez algunos poderes de iniciativa de instrucción, es oportuno ir, por un momento, más allá de los confines europeos[50] para hacer referencia a un ordenamiento importante (también bajo la perspectiva de la ideología política) como el estadounidense. En efecto, vale la pena de recordar que la *Rule* 614(a) de las *Federal Rules of Evidence* le atribuye al juez el poder de ordenar de oficio pruebas testimoniales no deducidas por las partes, mientras la *Rule* 614(b) le atribuye el poder de interrogar a los testigos, ofrecidos por las partes o de oficio por el mismo juez. Además, la *Rule* 706 le atribuye el poder de ordenar de oficio consultorías técnicas, nombrando a expertos[51]. El primero de estos poderes raramente es ejercido[52], aunque ocurre que los jueces lo utilizan cuando un conocedor cuenta con informaciones relevantes y ninguna de las partes lo llama a testimoniar, o bien cuando el juez no quiere limitarse a las indicaciones que las partes han dado de la controversia[53]. El poder de disponer de consultarías técnicas más a menudo, es usado, sobre con el objetivo de corregir las distorsiones que pueden ser provocadas por el empleo de los consultores técnicos de parte[54]. En todo caso, se trata de poderes de instrucción de notable importancia. No hay duda, sin embargo, que el proceso estadounidense ha mantenido su intrínseco carácter adversarial[55], de este modo no parece que en 1975 –año de introducción de los *Federal Rules of Evidense* – o en los decenios siguientes, los Estados Unidos se hayan convertido en un sistema político autoritario.

c) Hay, finalmente, -y éste es el tercer modelo que será aquí considerado- ordenamientos en los que no están previstos casi expresamente,

reales poderes de iniciativa de instrucción del juez; sin embargo, el juez desarrolla un papel activo en la adquisición de las pruebas. Los ejemplos relevantes en este sentido son sobre todo dos: el inglés y el español.

En Inglaterra, la tradición plurisecular consentía que el juez no ordenara casi nunca pruebas por su propia iniciativa, pero que indicara a las partes las pruebas que creyera oportuno deducir[56]. Las *Civil Procedure Rules* de 1998 radicalmente transformaron el sistema del proceso inglés, atribuyéndole al juez amplios e intensos poderes de dirección del proceso[57], pero, en cuanto concierne a la adquisición de las pruebas, no se han alejado de la tradición. Paradójicamente, pues, se podría hablar de un sistema procesal que se ha vuelto [autoritario], pero no le ha atribuido al juez poderes autónomos de iniciativa de instrucción. En las *Rules*, en realidad, no hay ninguna norma que le permita al juez ordenar pruebas de oficio. Sin embrago, según la *Rule* 32.1 el juez puede *control the evidente* indicando a las partes las cuestiones de hecho sobre las que solicita que sean deducidas pruebas, precisando el tipo de pruebas que deben ser deducidas y el modo en que ellas deben ser producidas en juicio[58]. Además, según la *Rule* 32.4, el juez puede establecer si es que pueden ser producidas declaraciones tertimoniales escritas[59] y de qué manera; según la *Rule* 32.5 puede autorizar luego al testigo a ampliar el objeto de su citación. Otras normas parecen definir el papel del juez: así, p.e., la *Rule* 18.1 (1) admite que el juez pueda ordenar a las partes proveer explicaciones e informaciones ulteriores, incluso sobre materias no contenidas en el *statement of case*[60]; la *Rule* 35.9 le permite al juez ordenar a una parte proveer informaciones de que la otra parte no dispone, y la *Rule* 35.15 le permite al juez nombrar *adsessors* expertos cuando se trata de decidir sobre materias en las que hacen falta conocimientos específicos[61].

El juez inglés cuenta, pues, con muchos poderes que se pueden definir como [de dirección y de control] sobre la adquisición de las pruebas, de intensidad sustancialmente no menor con respecto de los poderes de los que dispone la mayor parte de los jueces continentales. Además, estos poderes le han sido otorgados sobre la base de la tradición inglesa, pero en el ámbito de un verdadero y justo código de procedimiento civil que ha puesto al juez en el centro de funcionamiento del proceso[(63)]. Habría, pues, que preguntarse si de repente –y sin que nadie se haya enterado- en 1998 Inglaterra se ha convertido en un régimen político autoritario, bajo la guía de un peligroso ideólogo como Lord Harry Wolf.

También España representa, por muchas aspectos, un [caso] interesante. De un lado, un código típicamente [liberal] como la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 previó en el art. 340 las llamadas *diligencias para mejor proveer*, o sea un poder de iniciativa de instrucción que pudo se ejercido por el juez, antes de la decisión[(64)]. La actual *Ley de Enjuiciamiento Civil,* introducida en el 2000, ha eliminado este poder –reduciendo así el ámbito de iniciativa del juez- y prevé en el art. 435 sólo una diligencia final en la que el juez puede ordenar de oficio la renovación de pruebas ya asumidas si su resultado no ha sido satisfactorio[(65)]. Sin embargo, esto no implica que el juez español haya sido reducido de veras a un estado de total pasividad por cuanto concierne a la adquisición de las pruebas. En efecto, el art. 429 del LEC le atribuye el poder de señalar a las partes las pruebas que cree conveniente para su adquisición, cuando cree que las pruebas deducidas por las partes pueden resultar insuficientes para la comprobación de los hechos[(66)]. En tal caso el juez indica a las partes los hechos sobre los que cree que las pruebas son insuficientes, y también puede indicar –sobre la base de lo que surge de los actos procesales- qué pruebas deberían ser deducidas. Esta norma parece el fruto de un compromiso entre tendencia diferentes relativas a la del papel de juez en el proceso civil[(67)], pero es,

en todo caso, interesante: es cierto que se prevé solamente un tipo de sugerencia que el juez dirige a las partes, pero también es evidente que esta sugerencia está dotada con una notable fuerza persuasiva[68]. El juez español, pues –como el inglés y el alemán- tiene la posibilidad de hacer que sean deducidas por las partes las pruebas que considera relevantes para su decisión. Es absolutamente evidente que la LEC del 2000, no es el fruto de una visión autoritaria del proceso civil[69], tal y como parece absurda la hipótesis de que estaría vigente un régimen político autoritario en la España del 2000.

3. Implicancias ideológicas

Por cuanto se ha observado hasta ahora, se demuestra, sobre cada duda razonable, que no existe alguna conexión entre la atribución al juez de más o amplios poderes de iniciativa de instrucción y la presencia de regimenes políticos autoritarios y antidemocráticos. El análisis comparativo enseña, en efecto, que en los principales ordenamientos europeos –sobre el carácter democrático de los que no son sensatamente posibles de tener incertidumbres- se configura un papel activo del juez en la adquisición de las pruebas relevantes para la decisión sobre los hechos. Se podrá decir que estos ordenamientos no se inspiran en una ideología de tipo liberal clásico, o sea del tipo del siglo XIX, puesto que en muchos de ellos el Estado asume un papel activo de numerosos sectores de la vida social, pero éste es otro problema y muy diferente, que atañe en general al papel del Estado, tal como ello ha venido definiéndose en todos los ordenamientos moderno. Una vez más, sin embargo, surge la exigencia fundamental de evitar confusiones conceptuales e ideológicas: un sistema puede no inspirarse en la ideología del liberalismo del siglo XIX, sin dejar de ser democrático con esto, y sobre todo sin convertirse en autoritario o totalitario sólo porque le atribuye al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas.

También a esta propósito, es oportuno un empleo esmerado y riguroso de los conceptos: una cosa es el juez potencialmente [activo] al facilitar las iniciativas probatorias de las partes, pero insertas en un contexto procesal en el que son aseguradas las garantías de las partes en el ámbito de un sistema político democrático, mientras que otra cosa completamente diferente es el juez inquisidor integrado en un sistema político y procesal de molde autoritario[70]. La primera situación es la que se presenta –como se ha visto- en los ordenamientos procesales moderno, en los que el principio dispositivo y las garantías de las defensas y el debate son actuadas; en las que el juez cuenta con poderes más o menos amplios de iniciativa de instrucción. La segunda situación, no se da, en realidad, en ninguno de los ordenamientos europeos, ni en la mayor parte de los ordenamientos extraeuropeos. La diferencia entre juez [activo] y juez [autoritario] es confirmada por la circunstancia de que la función [activa] del juez en orden a la adquisición de las pruebas se configura claramente como complementaria y supletoria con respecto de la actividad probatorias de las partes, con la consecuencia de que cuando éstas ejercen cumplidamente su derecho de deducir todas las pruebas disponibles y, por lo tanto, proveen al juez de elementos suficientes para la comprobación de los hechos –como a menudo ocurre en la práctica- no hay ninguna necesidad de que el juez ejerza sus poderes. Absolutamente considerable sería una función inquisitoria y autoritaria de un juez que adquiriera las pruebas de oficio, por su propia iniciativa y expropiación a las partes de los derechos y las garantías que les corresponden en el ámbito del proceso. De semejante función, no obstante, no hay huella en alguno de los ordenamientos modernos.

Todo esto no demuestra, sin embargo, que la atribución al juez de poderes de instrucción sea el fruto de una opción exclusivamente [técnica] y carente de implicaciones ideológicas[71]. Al contrario: la decisión de si todos los poderes de iniciativa de instrucción tengan que

ser otorgadas exclusivamente a las partes, o si poderes más amplios de iniciativa instrucción puedan o tengan que también ser atribuidos al juez, deriva de una elección de carácter sustancialmente ideológico. Sin embargo, las ideologías que están en juego aquí no son las que inspiran las concepciones políticas generales, dominantes en los sistemas en que, en su momento el legislador se ocupa da la cuestión. En particular, no se trata vagamente del contraste entre ideologías [liberales] e ideologías genéricamente [autoritarias]. El problema, en cambio, está ubicado en un contexto ideológico bastante confuso, que atañe específicamente a las ideologías de la función del proceso civil y la decisión que lo concluye.

Si se parte de la premisa, que deriva de una precisa elección ideológica, que la función del proceso civil sea exclusivamente aquella de solucionar controversias poniendo punto final a los conflictos entre los privados(72), pueden llevar varias consecuencias. Una consecuencia es que parece razonable dejar exclusivamente a las partes la tarea de administrar, como quieren, la competencia procesal, y en particular la deducción de las pruebas(73): por lo tanto el juez viene a encontrarse en la condición de ser un árbitro pasivo, que tendrá que juzgar, al final de un proceso administrado acaparadoramente por las partes, exclusivamente sobre la base de los elementos de convicción de que las partes le han provisto(74). Otra consecuencia es que no se preocupa de la calidad de la decisión final: si lo que se quiere es que ella sea el fruto directo de la confrontación individual de las partes, que ponga, en todo caso, fin a la controversia, no importa el contenido de la decisión, tal como no importan los criterios según los que es formulada(75). Encuentra confirmación en el ámbito de las teorías de las llamadas *procedural justice*, según las que el proceso es esencialmente justo en cuanto se basa en el libre juego de las partes en el ámbito de la contienda procesal, mientras la justicia [procesal] prescinde del resultado del procedimiento, o sea de la justicia [sustancial] de la decisión final más bien, la justicia de la decisión depende exclusivamente de la corrección del procedimiento que la precede(76).

Ya que estas teorías colocan solamente en el proceso el criterio de justicia de la solución del conflicto, así que cada decisión es exclusivamente justa en cuanto responda a un proceso ecuánime (siendo ecuánime solamente el proceso en que las partes tienen todas las iniciativas y el juez no toma alguna) es claro que no existen criterios autónomos y específicos para establecer, por ejemplo, si una decisión es o no justa en sí, o sea en función de los criterios según los cuales se ha resuelto el conflicto[77]. En otras palabras, no existen –o no son válidos- criterios autónomos, independientes de las características del procedimiento, en función de los que se pueda establecer si la decisión contiene una solución justa o injusta del conflicto entre las partes. Por consiguiente, no existe la posibilidad de establecer si ella deriva de una correcta aplicación de la ley a los hechos de la causa, ni si estos hechos han sido verificados correctamente, ni si los intereses y los derechos de las partes han sido tomados adecuadamente en consideración. También con respecto de la finalidad fundamental, que es poner en todo caso punto final a la controversia, la calidad de la decisión es irrelevante: las partes pueden decidir no continuar la pelea, no en cuanto la decisión sea justa, o sea percibida como tal, sino por las razones más variadas, sobre todo cuando creen –o cuando una de ellas cree- haber agotado en la controversia todos los recursos y las energías disponibles. Puede ocurrir pues que a la controversia también se ponga punto final cuando la decisión es injusta y errónea, y como tal es percibida por las partes, si éstas no tienen la voluntad o la posibilidad de reaccionar contra ella. También puede ocurrir que la controversia se cierre con un acuerdo que para una de las dos partes es sustancialmente injusto, si esta parte no tiene la posibilidad concreta de continuar el proceso para imponer sus derechos[78].

Si partimos de una concepción según la cual no importa la calidad de la decisión que concluye el proceso, ya que se prescinde de los valores

y las exigencias que se toman en consideración, una conclusión a la que se puede llegar es que la comprobación de la verdad de los hechos tiende a ser considerada como una cosa irrelevante como un objetivo imposible de alcanzar, o hasta como una eventualidad desagradable o contraproducente. [Un proceso dirigido a maximizar el objetivo de la resolución de los conflictos no puede [...] aspirar al mismo tiempo a maximizar la exactitud de la comprobación del hecho], afirma uno de los mayores estudiosos de estos problemas[79]. De otra parte, [el proceso de resolución de los conflictos es indiferente a cuan efectivamente sean las cosas] y, por lo tanto, no está interesado en conseguir una comprobación verdadera de los hechos de la causa[80].

Existen numerosos sujetos que –más o menos conscientemente- adoptan algunas variantes de esta actitud: se ve al abogado escéptico al absolutista decepcionado y al nihilista filosófico, con muchas manifestaciones según la cultura jurídica o filosófica que se tome en consideración[81]. Un aspecto importante de esta actitud concierne específicamente al tema de los poderes de instrucción del juez. Siendo notorio, e históricamente confirmado[82], que el modo eficiente para descubrir la verdad de los hechos en juicio, es restablecer exclusivamente a las partes las iniciativas probatorias. Resulta obvio que quien asume una posición de absoluta indiferencia con respecto a la comprobación de la verdad, también es propensa a adoptar un sistema en que las partes dispongan en vía exclusiva de todas las iniciativas de instrucción, sin que al juez sea atribuido ningún poder. La teoría según la que el proceso está exclusivamente dirigido a la resolución de los conflictos se base en una visión individualista que refleja un [*sociologically impoverished universe*] en el que cuentan solamente los intereses y los objetivos privados[83]. Por cuanto aun diendo culturalmente y sociológicamente pobre, sin embargo, esta visión lleva a sustentar que solamente los individuos privados pueden y deben desarrollar un papel activo en el proceso civil, y eso también vale a propósito de las iniciativas probatorias.

Por el contrario, es interesante subrayar que cuando se parte de la premisa ideológica por la cual no deberían atribuirle al juez poderes de iniciativa de instrucción, esto lleva a concluir que hace falta renunciar a la idea de que pueda ser en el proceso conseguida –o tenga que ser investigada- la verdad de los hechos. No al azar uno de los autores que afirma la naturaleza autoritaria de los sistemas que le atribuyen al juez estos poderes con mayor énfasis, y, por lo tanto, es favorable a su eliminación, también afirma que necesita [humildemente] renunciar a la verdad en el ámbito del proceso[84]. En síntesis: si la comprobación de la verdad de los hechos no interesa, entonces no hay necesidad de proveer al juez de poderes de instrucción autónomos para permitirle verificarla, cuando para este objetivo las iniciativas de las partes resultan insuficientes: recíprocamente, si se comparten las razones ideológicas por las que se cree que el juez no tenga que ser dotado con estos poderes, entonces es coherente creer que el proceso no pueda, y en todo caso no deba, ser orientado hacia la comprobación de la verdad de los hechos.

Estas orientaciones pueden ser objeto de numerosas críticas que aquí no puede ser discutidas analíticamente[85]: En todo caso, ellos arriesgan –como se suele decir- probar demasiado. Si la comprobación de la verdad no interesa y, por lo tanto, el proceso no tiene que ser orientado hacia este objetivo, y si tampoco interesa la calidad de la decisión, entonces es difícil comprender porqué las partes y el juez deben perder tiempo en ofrecer y en admitir las pruebas. Si se cree que el verdadero y exclusivo fin del proceso y la decisión es ponerle fin a la controversia, entonces hay otros modos, más rápidos y eficaces, de alcanzar el objetivo: lo fueron las ordalías, que pusieron sencillamente fin al proceso eliminando a una de las partes, y también lo sería echarlo a la suerte, como, por otra parte, alguien sugiere, al menos para los casos más difíciles[86], o bien el lanzamiento de una moneda[87]. En esta perspectiva, la instrucción probatoria –así como todo el proceso-

desarrollaría solamente la función marginal y simbólica: no sería otra cosa que un tipo de representación ritual[88], que es celebrada, no porque se trata de un instrumento institucional dirigido a administrar la justicia, sino porque sirve para hacer creer, a las partes y a la sociedad generalmente, que la justicia es hecha, con la esperanza de que, de tal modo, las partes se induzcan a concluir la controversia y la paz social sea rehecha. En sustancia, el ritual procesal serviría sencillamente para legitimar la decisión[89], haciéndola parecer como aceptable, sin que la naturaleza o el contenido de ella tengan ninguna importancia: el proceso, y en particular la adquisición de las pruebas, sería destinada sencillamente a hacer que cualquier decisión, independientemente de su justicia intrínseca y de su relación con los hechos reales de la causa, sea aceptada por sus destinatarios.

El panorama cambia completamente si se parte de una opción ideológica diferente y que Jerzy Wroblewski ha definido como [ideología legal-racional] de la decisión judicial[90]. Esta ideología pone al centro del problema de la administración de la justicia, la calidad de la decisión, subrayando que ella tiene que estar fundada en una aplicación correcta, y racionalmente justificada, del derecho. En la misma dirección se ubican otras concepciones según las que la administración de la justicia no se resuelve en la controversia entre individuos privados, sino que tiene que ser orientada a la realización de *public values*[91] o a la consecución de decisiones justas[92]. En este orden de ideas, una de las condiciones para que el proceso conduzca jurídicamente y de modo racional a decisiones correctas, y por lo tanto justas, es que éste sea orientado a establecer la verdad en orden a los hechos relevantes de la causa. Para esto podrían invocarse varias justificaciones pero dos de ellas parecen particularmente relevantes. La primera es que, especialmente en el ámbito de la administración de la justicia, y también de la justicia civil, se advierte la [necesidad de la verdad] que un acreditado filósofo

indica como un aspecto esencial del pensamiento y la cultura moderna, más allá de un carácter esencial de las sociedades democráticas [93]. La segunda justificación, en alguna medida más específica, es que ninguna decisión judicial puede considerarse ilegal y racionalmente correctas, y por lo tanto justas, se basa en una comprobación errónea y no verdadera de los hechos a los que se refiere[94].

La afirmación de que la justicia de la decisión también depende de la veracidad de la comprobación de los hechos, puede parecer obvia, y no por azar está presente en varias culturas jurídicas, y también en Italia[95]. Sin embargo, existen algunas razones por las que no puede considerarse reducida. Por un lado, en efecto, a menudo surge la desgastada pero nunca desechada objeción escéptica por la cual la verdad no sería nunca alcanzable[96], tanto menos en el proceso, y, por lo tanto, no sería posible hablar sensatamente de comprobación verdadera de los hechos[97]. Por otro lado, no deben ser descuidadas las argumentaciones -ya referidas- de quien cree que en todo caso la búsqueda de la verdad en el proceso sea inútil, si no contraproducente, con respecto a la finalidad fundamental del proceso que es reconocida en la solución de las controversias. Parece pues útil desarrollar, incluso en términos sintéticos, algunas implicancias de la orientación según la que la comprobación verdadera de los hechos es un objetivo que también debe ser perseguido en el proceso civil.

Ante todo, vale la pena subrayar que, en esta perspectiva, el proceso no deja de ser el instrumento institucional para la resolución de las controversias, pero se vuelve irrelevante la calidad de la decisión con que la controversia es solucionada[98]. En sustancia, cada decisión no es "buena" sólo porque pone punto final al conflicto; la decisión es "buena" si pone punto final al conflicto siendo fundada en criterios legales y racionales, entre los que asume importancia particular la veracidad de la comprobación de los hechos[99]. Por otro lado, la ideología seguida, por la cual el proceso tiene que tender a concluirse con decisiones justas,

parece coherente con una interpretación no formal y no meramente repetitiva de la cláusula constitucional del "justo proceso": ella debería, en efecto, ser referida a un proceso que puede ser "justo" en cuanto está orientado a la consecución de decisiones justas [100]. Además, se podrían valorar las cualidades y los defectos de los varios sistemas procesales en función de su capacidad de conducir a decisiones justas, o sea -por cuanto aquí interesa- a decisiones basadas en una comprobación verdadera de los hechos: por ejemplo, un proceso en el que existan varias reglas de pruebas legales y muchas reglas de exclusión de pruebas relevantes, aparecería como singularmente inadecuado para permitir la formulación de decisiones justas, mientras que aparecería más funcional a este objetivo un proceso en el que todas las pruebas relevantes que se asumieran, fueran valoradas por el juez según criterios racionalmente válidos.

La orientación favorable a la atribución de poderes de instrucción al juez, que se manifiesta -como se ha visto- en numerosos ordenamientos, se basa evidentemente en elecciones ideológicas en función de los que la calidad de la decisión que cierra el proceso no es para nada indiferente e irrelevante, y tiene que tender, en cambio, a basarse en una comprobación verdadera de los hechos de la causa[101]. Para que esta finalidad sea conseguida, hace falta que se realicen varias condiciones: una de estas condiciones es que el juez pueda integrar las iniciativas probatorias de las partes cuando ellas parecen insuficientes o inadecuadas para permitir la adquisición de todas las pruebas que hacen falta para formular una decisión que verifique la verdad de los hechos. Parece, de otra parte, insostenible la opinión -a veces recurrente, en particular en la doctrina norteamericana[102]- según la cual un proceso podría ser orientado hacia la búsqueda de la verdad de los hechos, y sin embargo, debería estar basado en el exclusivo monopolio de las partes de las iniciativas probatorias. La historia del proceso del *common law* enseña, en efecto,

que el proceso integralmente adversarial no ha sido orientado nunca hacia la búsqueda de la verdad[103], y que la libre controversia de las partes no es un buen método para alcanzar una comprobación verdadera de los hechos[104]. En todos los procesos hay, al menos, una parte -la que se sabe que se equivoca- que no tiene ningún interés en que se descubra la verdad; de otro lado, los defensores no son científicos que persiguen una búsqueda imparcial y desinteresada de la verdad, y tienen interés en hacer emerger la versión de los hechos que más le conviene a su cliente, antes que la verdad[105].

Es sobre la base de consideraciones de este género, que todos los grandes ordenamientos europeos se han orientado en el sentido de atribuirle al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas. Un caso particularmente interesante, desde este punto de vista, es el de Inglaterra, donde la tendencia a hacer que el proceso civil pueda conseguir resultados de *substantive justice*, basándose en la máxima aproximación posible a la verdad de los hechos, han inducido a reforzar decididamente los poderes del juez invirtiendo la orientación tradicional de aquel sistema procesal[106]. Como se ha visto antes, los diversos ordenamientos procesales han usado técnicas normativas diferentes y se han inclinado, más o menos, por la ampliación de los poderes de instrucción del juez: un dato constante que surge de la investigación comparativa es que, en todo caso, ningún ordenamiento procesal moderno renuncia a orientarse hacia la búsqueda de la verdad de los hechos, ningún ordenamiento procesal moderno confía exclusivamente en la iniciativa de las partes para conseguir este objetivo. También será útil notar que sobre ninguno de estos ordenamientos pende la sombra de Torquemada, y en ninguno de ellos aflora el fantasma del juez como *longa manus* de Hitler, de Mussolini o de Stalin. Se presenta bastante en la figura, mucho más modesta y razonable, de un juez que asiste al "juego de las partes" que interviene cuando se entera que este juego

amenaza llevar a decisiones injustas porque se basa en una comprobación inadecuada de los hechos, en cuanto las partes no han producido en juicio todas las pruebas disponibles.

La experiencia de los ordenamientos procesales europeos exige también la inconsistencia de una premisa de la que a menudo se cogen los movimientos -implícitamente o explícitamente- cuando se discute sobre los poderes de instrucción del juez. Llamaría a esta premisa "teoría de la tarta", ya que consiste en concebir el conjunto de los poderes de iniciativa de instrucción como una tarta que el legislador en su momento divide entre las partes y el juez, con la consecuencia de que cuanto más poderes de instrucción le son atribuidos al juez, eso implicaría una proporcional reducción de los poderes probatorios de las partes[107]. Si así fuese, haría falta concluir que en el proceso francés las partes ya no tienen ningún poder de iniciativa de instrucción, puesto que el artículo 10 atribuye la " tarta" entera al juez otorgándole -como se ha visto anteriormente- un poder general de disponer pruebas de oficio. Análogamente, haría falta concluir que en el proceso alemán a las partes no queda otra cosa que una "rebanada" muy reducida e incierta, constituida por el poder de deducir pruebas testimoniales: esta "rebanada" no estaría ni siquiera reservada a la completa disponibilidad de las partes, puesto que el juez puede inducirla a deducir testimonios que ellas no dedujeron de espontánea voluntad. Todo ello es evidentemente absurdo, tratándose de ordenamientos en los que no es dudoso que sean actuadas las garantías de la defensa, y que el derecho a la prueba que corresponde a las partes sea reconocido y asegurado[108]. La "teoría de la tarta" es pues inconsistente e infundada.

Ahora, en cambio, no es posible seguir considerando la atribución de poderes de instrucción al juez y su ejercicio como un tipo de proporcional *deminutio* de las posiciones procesales de las partes y como una violación de sus garantías fundamentales. La experiencia

de los ordenamientos europeos, y en particular del ordenamiento francés, se orienta, por el contrario, en el sentido que sea posible maximizar en el mismo momento el derecho a la prueba de las partes, la garantía del debate y la atribución al juez de amplios poderes de instrucción. De otra parte, es evidente que cuando el juez ejerce uno de sus poderes de instrucción no usurpa ningún poder de las partes ni invade un territorio a ellas reservado. Esto podría darse solamente en un sistema en que las partes no gozaran de ninguna garantía, pero -además del hecho que ello no ocurre en ningún ordenamiento procesal desarrollado- ello concierne directamente a la configuración de los derechos y las garantías de las partes, antes que a los poderes del juez. De otra parte, como también se ha visto, los diversos ordenamientos no prevén que el juez se entregue *a priori* y solo a la búsqueda de las pruebas, sino solamente que él ejerza poderes de control e iniciativa que son configurados claramente como accesorios, y sustancialmente residuales, con respecto a los poderes de iniciativa de instrucción que corresponden a las partes. Además, en los sistemas en que actúan de veras las garantías de la defensa, estos poderes deben ser ejercidos en pleno debate de las partes, con el derecho a este de objetar, con respecto a las iniciativas del juez, y de deducir las pruebas que estas iniciativas hagan necesarios. Basta observar, de otra parte, que el juez italiano, *ex artículo 201-ter*, llama de oficio a un testigo a la que una parte ha hecho referencia; o el juez inglés, español o alemán, que sugiere a las partes deducir una prueba, no invaden un campo de las partes privandolas de algunas prerrogativa: estos jueces están desarrollando sencillamente una tarea específica que es hacer que la decisión final se base en todas las pruebas disponibles, y, por lo tanto, sea aproximada lo más posible a la verdad de los hechos

4. Consideraciones finales

El análisis de los principales ordenamientos europeos, que se han bosquejado, sugiere desarrollar, a título de conclusión, alguna sintética consideración relativa al argumento que es generalmente usado para contrastar o criticar la atribución al juez de autónomos poderes de iniciativa de instrucción. Este argumento está bastante difundido[(109)], y dice sustancialmente que en el momento en que el juez ejerce estos poderes, pierde la imparcialidad misma, porque esta acaba favoreciendo a una u otra parte, y también pierde la independencia, porque acaba valorando de modo desequilibrado las pruebas que él ha dispuesto asumir[(110)].

Acerca de esto, se puede observar, ante todo -aparte de la dudosa autenticidad de las ingenuas nociones psicológicas sobre las que este argumento se basa- que si ello fuera válido deberíamos concluir que todos los legisladores procesales europeos -cada uno a su modo- han sido asaltados por un viento de locura que los ha inducido a atribuirle al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas, sin darse cuenta que en tal modo habrían puesto en riesgo el valor fundamental de la imparcialidad y la independencia del juicio del mismo juez. Como no hay pruebas creíbles de esta locura colectiva, deberíamos concluir que la experiencia comparativa enseña la falta de fundamento del temor de que el juez, ejerciendo un papel activo, se vuelva, por ello mismo, parcial e incapaz de valorar correctamente el material probatorio que ha sido incorporado también al juicio sobre la base de su iniciativa[(111)].

Se puede observar luego que, en realidad, el juez "toma partido" a favor de una parte y contra la otra en cada momento del proceso, o sea todas las veces que provee o decide algo en relación al procedimiento, o soluciona cuestiones preliminares o perjudiciales, pero nadie piensa que

por esta razón, y a cada momento, el pierde su imparcialidad. Ya que el juez *tabula rasa* y absolutamente pasivo no existe, y en todo caso, no puede existir en el curso del proceso, deberíamos concluir que el juez no es nunca imparcial: con esto, sin embargo, cualquier discurso sobre el proceso estaría privado de sentido. No se entiende, de otra parte, porqué el juez se convierte en parcial cuando dispone una prueba de oficio o sugiere a las partes deducir una prueba, y no la desarrolla, por ejemplo, cuando admite o excluye una prueba deducida por una parte, o cuando reduce las listas testimoniales o cuando cierra la instrucción probatoria ex artículo 209 c. p. c.

En general, además, sería oportuno aclarar la imagen del juez a la que se ha hecho referencia. Si se piensa en un "buen" juez, capaz de ejercer correctamente y rracionalmente sus poderes, no hay razón de temer que él se vuelva parcial, e incapaz de valorar las pruebas, por el solo hecho de haber dispuesto o sugerido su adquisición. Sólo si se piensa en un juez incapaz y psíquicamente débil, se puede temer que él pierda su propia imparcialidad en el momento en que decide sobre la oportunidad que una prueba ulterior sea adquirida, o que no sea capaz de valorar una prueba de modo equilibrado porque ha sido por él dispuesta. Un juez "normal" está en capacidad de establecer si un testimonio, por el considerado útil, es creíble o no, de misma manera con la cual valora la credibilidad de un testimonio ofrecido por una parte: sostener la hipótesis que el juez considera atendible un testimonio que no lo es, sólo porque ha dispuesto de oficio su audición, presupone que aquel juez sea considerado "no normal". Naturalmente, existe el riesgo que el juez esté condicionado por el llamado *early bias* (o confirmation bias), ósea por la inclinación a creer atendibles las propias primeras impresiones sobre los hechos de la causa, y a investigar en las pruebas las confirmaciones del propio pre-juicio, subvalorando las pruebas que contrastan con ello.

Sin embargo, el modo para afrontar esta eventualidad no es ciertamente la exclusión de los poderes de instrucción del juez, puesto que ella también puede verificarse cuando el juez no cuenta con estos poderes o en todo caso no los ejerce: bien puede ocurrir, en efecto, que también un juez "pasivo" se apegue excesivamente a una cierta versión de los hechos de la causa, y, por lo tanto, oriente las decisiones posteriores, incluso la decisión final, sobre las hipótesis de que tal versión de los hechos sea digna de ser considerada como verdadera. De otra parte, no hay necesidad de largas argumentaciones para enseñar que los remedios contra el prejuicio del juez son otros, y consisten en la plena realización del debate de las partes, también a obra del mismo juez, y la necesidad de que él redacte una motivación analítica y completa, racionalmente estructurada sobre la base de justificaciones controlables, de la decisión sobre los hechos(112).

Evidentemente, los ordenamientos que le han atribuido al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas han creído que tales poderes les eran otorgados a jueces capaces de desarrollar correctamente y racional su función de estímulo, de control y de iniciativa probatoria, que ello pusiera en peligro los valores fundamentales del proceso civil. Según cuánto es dado a entender de la experiencia de estos ordenamientos, no parece que esta hipótesis haya sido contradecida en la práctica. Esto debería permitir reconducir el problema de los poderes de instrucción del juez dentro de los confines de una correcta discusión científica y desechar polémicas ideológicas nebulosas e inútiles.

Citas

1 Algunas consideraciones de fondo, que se asumen incluso como premisas del discurso que se desarrollará, pueden ser expresadas solamente en términos sucintos, no siendo posible en esta sede discutir y justificar su fundamento. Una de estas consideraciones concierne a la ausencia

de relación necesaria entre la adopción del principio dispositivo en sentido propio, o sustancial y la opción consistente en el no atribuirle al juez ningún poder de instrucción autónomo. Existen, en efecto, muchos modelos de proceso (sobre los cuales v. infra, n. 2.) que actúan integralmente el principio dispositivo y, por tanto, atribuyen a las partes el poder exclusivo de dar inicio al proceso y de determinar su objeto, y, sin embargo, le otorgan al juez importantes poderes de iniciativa de instrucción. Otra consideración atañe a la conocida distinción entre concepción [publicista] y concepción del proceso civil. Más allá del hecho que la primera de las dos concepciones parece prevalecer en todos los ordenamientos modernos, esta distinción parece irrelevante por cuanto atañe el problema de los poderes de instrucción del juez. En efecto, si también se entendiera el proceso civil como un método de resolución de controversias [privadas], se podría incluso siempre preferir un modelo de proceso inspirado en la Ideología legal-racional de la justicia (sobre cuyo v. infra, n. 3.) a una ideología según la cual el libre conflicto entre privados fuese el único criterio de resolución de los conflictos.

2 Cfr. En parte DAMASKA, I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica delProcesso, Bologna, 1991, p. 34; TARUFFO, sui confini. Scritti sulla giustizia civile,Bologna, 2002, p. 73 y s.

3 Así p.e. COMOGLIO, Etica e tecnica del [giusto processo], Torino, 2004, pp. 185 yss., 350 y ss.; ID., Riforme processuali e poteri del giudice, Torino, 1996, p. 59 y ss.

4 Cfr. en efecto CAVALLONE, II giudice e la prova nel processo civile, Padova, 1991, pp. 44 y ss., 83 y ss.

5 Cfr. en particular CIPRIANI, Nel centenario del regolamento di Klein (II processo civil etra libertá e autoritá), en Riv. dir. Proc., 1995, p. 969 y ss.; ID., II problema della giustízia civile tra passato e presente, en Riv. dir. Civ., 2003, 1, p. 39 y ss. ID., II processo civile italiano tra efficienza e garanzie, en Rivista trimestrale de diritto y procedura civile,2002, p. 1243 y ss.; ID., II processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan,

en Riv.dir. proc., 2003, p. 455 y ss.Cfr. También MONTELEONE, pricípi e ideología del processo civile: impresión di un [revisionista], en Rivista trimestrale de diritto y procedura civile, 2003, p. 575 y ss.; ID., L´attuale dibattito sugli [orientamentti pubblicistici] del proceso civile, en www.judicim.it; ID., diritto processuale civile,Padova, 2000, pp. XI y ss., 328 y ss.

6 Cfr. en part. MONTERO AROCA, II processo civile [sociale] come strumento diGiustízia autoritaria, en Riv. dir.proc., 2004, p. 552 y ss. (sobre cual v. la apostilla deVERDE, ivi, p. 580 y ss.); ID., Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad, en Rev. Ur. Der. Proc., 2001, p. 262y ss.; ID., Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad, Valencia, 2001 (sobre la cual v. los comentarios de VERDE, le ideologie del processo in un recente saggio, en Riv. dir. proc., 2002, p. 676 y ss.).

7 Cfr. p.e. ALVARADO VELLOSO, Debido proceso versus pruebas de oficio, Bogota, 2004, passim.

8 Lo circular del argumento es evidente: si se parte de la premisa que es autoritario el proceso en que el juez cuenta con poderes de instrucción, podré derivar ciertamente de ello la consecuencia que si un juez cuenta con poderes de instrucción, entonces elproceso en cuestión es autoritario.

9 Es el caso de la reforma que se realiza en 1865, en el que, junto a un código Procesal [liberal], existe un ordenamiento judicial que somete la magistratura a las influencias del poder político (cfr., también para ulteriores indicaciones, TARUFFO, Lagiustizia civile in Italia dal ´700 a oggi, Bologna, 1980, p. 138 y ss.).

10 En este sentido cfr. en efecto COMOGLIO, Riforme processuali, cit., 57 y ss.

11 En sentido análogo cfr. GUZMAN, Algunos interrogantes difíciles de responder en la actividad probatoria del juez civil (Derecho

Procesal Comparado español-argentino), en Rev. Der. Frac. (núm. Extraordinario), 2004, p. 149 y ss.

12 Cfr. p.e. MONTERO AROCA, Los principios políticos, cit., p. 54, que pone junto el Zivilprozessordnung austriaco de 1895, definido como [antiliberal y autoritario] en cuanto a su inspiración genéricamente socialista, los códigos procesales de los países comunistas y el código italiano del 1940, definido de manera incondicional como[típicamente fascista, inmerso en esa concepción política]. Por cuanto concierne al Código austriaco, es ciertamente verdadero que le atribuyó al juez relevantes poderesde dirección formal y material del proceso (v. RECHSBERGER y KODEK, L'ordinanza della procedura austriaca del 1895, en Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895, Milano, 2004, p. XXVIII y ss.), pero queda por establecer si la concepción de la función social del proceso típico de Klein fuera de veras autoritaria,como cree CIPRIANI, Nel centenario, cit., p. 977 y ss. O fuera orientada sencillamentea la creación de un instrumento procesal rápido y eficiente (sobre las orientaciones políticas y culturales de Klein v. CONSOLO, II duplique volto della [buona] giustiziacivile tardo-asburgica e del suo rigeneratore, en Ordenanza della procedura civile, cit.,p. XLVI y ss.). En cuanto a los orígenes del código austriaco del 1895 (CIPRIANI, Nelcentenario, cit., p. 975 y ss.), se cree que deriva directamente de un modelo de proceso [claramente no liberal y autoritario] como aquél previsto por el reglamento de Giuseppe II de 1781. No parece que esta valoración sea fundada. En realidad, el reglamento [giuseppino], tal como el reglamento [gallego] posterior, no siguieron para nada un modelo basado sobre los poderes del juez: al revés, todas las iniciativaseran dejadas a las partes, mientras el juez tenía un rol decididamente pasivo (v. TARUFFO, La giustizia civile, cit., p. 38 y, con referencia al reglamento [gallego] entrado en vigencia en Italia del Norte en el 1815, ID., II Processo civile nel Lombardo-Veneto, en Regolamento generale del processo civile pel Regno Lombardo-Veneto. 1815, Milano, 2003, pp. XIV, XXVI. En sentido análogo cfr. SPRUNG, Le basi del diritto austriaco, en Riv. dir. Proc., 1979, p. 31,

quien define como [liberal] al proceso en cuestión). Si fuera verdadero, como Cipriano afirma, que el código del 1895 deriva directamente de estos precedentes, entonces haría falta concluir que está es un código sustancialmente liberal. La realidad es, en cambio, que ello no deriva para nada de los reglamentos citados, justamente porque le atribuye al juez un papel activo en la dirección del proceso y en la adquisición de las pruebas. En cuanto a la pretendida naturaleza fascista del código procesal italiano v. infra, n. 2.

13 En sentido análogo cfr. VERDE, Le ideologie del processo, cit., p. 679 y s.

14 A la confirmación de la imposibilidad de hablar genéricamente de liberalismo, sin ulteriores precisiones, se pueden adicionar las críticas que un hiper-liberal como Nozick dirigen a un liberal como Rawls: cfr. acerca de esto, también para referencias, GARGARELLA, Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política, Barcelona-Buenos Aires-México, 1999, p. 45 y ss.

15 Para una crítica análoga cfr. OTEIZA, El juez ante la tensión entre libertad e igualdad, en Rev. Der. Proc. (núm. Extraordinario), 2002, p. 220.

16 No es un caso en que uno de los partidarios de la orientación que se discute en el texto crea que el proceso civil tiene sobre todo que ver con la propiedad: cfr. MONTERO AROCA, Los poderes del juez, cit., p. 262.

17 Por cuanto a España concierne cfr. p.e. MONTERO AROCA, Los principios políticos, cit., p. 29 y ss., con referencia a las codificaciones españolas del siglo XIX. A propósito de Italia v. infra en el texto.

18 Cfr. NEUMAN, Lo statu dmocratico e lo statu autoritario, trad. It., Bologna, 1973. Neumann no hace ninguna referencia, al delinear las características del estado democrático y el estado autoritario, al tema de los poderes del juez, tampoco cuando discuta la función de la magistratura en Montesquieu y en las experiencias políticas siguientes (p. 240 y ss.).

19 Cfr. TARUFFO, La giustizia civile, cit., pp. 114 y ss., 117, 119; ID., Giuseppe Pisanelli e il codice di procedura civile del 1865, en Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione, a cuidado de Vano, Napolí, 2005, p. 91.

20 Observa justamente OTEIZA, op. Cit., p. 218, que Napoleón tuvo una concepción imperial del poder, que sin embargo no le impidió actuar una legislación de inspiración liberal.

21 Gfr. TARUFFO, Il processo civile nel Lombardo-Veneto, cit., p. XIII y ss.

22 V. infra, n. 2.

23 Cfr. TARUFFO, Il processo civile [adversary] nell´esperienza americana, Padova, 1979, p. 259 y ss.

24 V. supra, nota 19.

25 V. infra, n. 2.

26 En este sentido alguna de las reacciones críticas suscitadas por la orientación de que se habla en el texto. Cfr. en particular BARBOSA MOREIRA, O neoprivatismo no processo civil, en Rev. Iberoam. Der. Proc., 2005, 7, p. 13 y ss.; PARRA QUIJANO, Racionalidad e ideología en la prueba de oficio, Bogotá, 2004, pp. 9 y ss., 51 y ss.; SIMONS PINO, El Dilema entre el Juez Activo y el Juez Autoritario, en XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2005, p. 815 y ss.; OTEIZA, op. cit., p. 216 y ss.

27 Sobre esta concepción, y sobre sus implicaciones filosóficas, cfr. DENTI, La giustizia civile. Lezioni introduttive, Bologna, 1989, p. 66; TERUFFO, Studi sulla rilevanza della prova, Padova, 1970, p. 139 y ss. (también para ulteriores indicaciones bibliográficas). Cfr. además GURVIC, Introduzione: profili generali del processo civile sovietico, en Ricerche sul proceso. 1, Il proceso civile sovietico, Padova, 1976, pp. 11-19; Derecho procesal civil soviético, trad. Esp. , México, 1971, p. 42.

28 Cfr. p.e. FERRAND, The Respective Role of the judge and the Parties in the Preparation of the Case in France, en The Reforms of Civil

Procedure in Comparative Perspective, al cuidado de Trocker e Varano, Torino, 2005, p. 27 y ss.; CADIET-JEULAND, Droit judiciaire privé, Paris, 2004, p. 437 y ss.; VINCENT-GUINCHARD, Procédure civile, Paris, 2003, p. 541; CORNU-FOYER, Procédure civile, Paris, 1996, p. 450.

29 Cfr. p.e. FERRAND, op. Cit., p. 9; CADIET-JEULAND, op. Cit., p. 397 y ss.; VINCENT-GUNCHARD, op. Cit., p. 514 y ss.; CORNU-FOYER, op. Cit., p. 438 y ss.

30 Cfr. p.e. FERRAND, op. loc. Ultt. Citt,; CADIET-JEULAND, op. Cit., p. 374 y ss. VINCENT-GUINCHARD, op. Cit., p. 543 y ss.; CORNU-FOYER, op. Cit., p. 466 y ss.

31 Cfr. p.e. VINCENT-GUINCHARD, op. Cit., Paris, 1991 (la extensa disertación es omitida en las ediciones más recientes) p. 306 y ss., y en part. La clásica obra de NORMAND, Le jugo et le litige, Paris, 1965, spec. P. 385 y ss.

32 En el code de procédure civile se reconoce más bien una solución de compromiso, que atenúa la tradición radicalmente liberal combinando los poderes de las partes con la función del juez, que es promover la justicia con el logro de la solución más correcta de la controversia. En este sentido cfr. CADIET, Civil Justice Reform: Access, Cost and Delay, The French Perspectiva, en Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectivas of Civil Procedure, ed. By Zuckerman, Oxford, 1999, p. 316.

33 Cfr. p.e. FERRAND, op. Cit., p. 30 y ss.

34 Cfr. BEARDSLEY, Proof of Fact in French Civil Procedure, en 34 Am J como L 1986, p. 489 y ss.

35 En la edición del 2003 de uno de los principales manuales franceses (o sea VINCENT-GUINCHARD, op. cit.) al argumento le es dedicado 7 líneas en la p. 541 y una línea y media en la p. 809.

36 En sentido análogo cfr. BARBOSA MOREIRA, op. cit., p, 18.

37 Cfr. BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 17.

38 Cfr. Acerca de esto Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria, al cuidado de X. ABEL LLUCH y j. PICÓ I JUNOY, Barcelona, 2003, p.67 y ss. También en el proceso del trabajo español el juez cuenta con amplios poderes de instrucción, en la forma de las diligencias para mejor proveer previsto en el art. 88 de la ley de procedimiento laboral de 1990.

39 En realidad, en Italia esta tendencia se manifiesta de modo bastante esporádico y con efectos escasamente relevantes. Observa justamente COMOGLIO, Etica e tecnica, cit., p. 189; ID., Riforme processuali, cit., p. 62, que las reformas de 1990-91 y el 1995 no han seguido esta tendencia, que tuvo en cambio una relevante confirmación con la reforma del proceso del trabajo.

40 Cfr. TARUFFO, La giustizia civile, cit. pp. 255 y s., 286 y ss.: análogamente cfr. VERDE, Le ideologie del processo civile, cit., pp. 680, 683, quien cree que el código es moderadamente autoritario, pero ciertamente no totalitario.

41 Notó justamente SATTA, In difesa del codice di procedura civile, en Foro it., 1947, IV, c. 47 que fascista pudiera ser Relazione, orientado a demostrar que en ella hubieron afirmaciones de tono fascista pero que no encontraron correspondencia en el código, cfr. PARRA QUIJANO, op. cit., p. 51 y ss. En sentido análogo cfr. también OTEIZA, op. cit., p. 217 y s. También CIPRIANI (Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chiovenda, en ID., Ideologie e modelli del proceso civile, Napoli, 1997, p. 57 y ss.) pone en evidencia el caráter fascista del lenguaje usado en la Relazione, pero con la finalidad de demostrar la influencia del régimen de la época. Esto no demuestra, sin embargo, que tal influencia se haya manifestado más allá de la Relazione y sobre los contenidos de la codificación procesal.

42 Cfr. los $$ 138 y 139 (este último dado de baja en el 2001) del Zicilprozessordnung. Cfr por último PRÜTTING, Die materielle Prozessleitung, en Festschr-Musielak, München, 2004, p. 397 y ss.; MURRAY-STÜRNER, German Civil Justice, Durham, N.C., 2004, p. 166 y ss.

43 Cfr. p.e. MURRAY-STÜNER, op. Cit., p. 264. Para una más reciente pero amplia exposición cfr. BRÜGGEMANN, Judex statutor und judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwinschen Richtermacht und Parteienfreiheit im gegenwartigen deutschen Zivilprocezess, Bielefeld, 1968, pp. 350 y ss., 373 y ss.

44 Cfr. los $$ 273(2)(4) y 373 del Zivilprozessordnung, sobre el cual cfr, por ejemplo, BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN, Zivilprozessordnung, 63, Aufl., München, 2005. pp. 1075 y ss., 1477 y ss.

45 Cfr. MURRAY-STÜRNER, op. cit., pp. 724 y ss., 730 y ss.; WALTER, the German Civil Procedure Reform Act 2002: Much Ado About Nothing?, en The Reforms of Civil Procedure, cit., p. 75 y ss.; p. 75 y ss.; HANNICH-MEYER-SEITZ-ENGERS, ZPO-Reform, Küln, 2002, p. 190 y ss. Sobre la historia de la reforma del 2001 cfr. ivi, p. 37 y ss.

46 Para exposiciones resumidas de esta evolución histórica, que tiene sus primeros pasos importantes en las reformas del 1902 y el 1909, cfr. GOTTWALD, Civil Justice Reform: Access, Cost and Expedition. The German Perspectiva, en Civil Justice in Crisis, cit., p. 226 y ss.; WALTER, op. cit., p. 67 y ss. Cfr. también BRÜGGEMANN, op. cit., pp. 53 y ss., 61 y ss.

47 Sobre estos aspectos de las relaciones entre nacional socialismo y proceso civil v. BÖHM, Proceso Civile e ideología nello statu nazionalsocialista, trad. It. en Rivista Trimestrale de diritto y procedura civile, 2004, pp. 623 y ss., 627 y ss., 639.

48 En sentido análogo cfr. BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 15.

49 Una duda análoga podría formularse a propósito de las reformas que tuvieron lugar en el 1902, 1909 y 1924 (sobre el cual v. GOTTWALD, op. cit., p. 227 y s.; WALTER, op. cit., p. 68 y s.), o sea en épocas anteriores a la instauración del régimen nazi.

50 Vale en todo caso la pena señalar que en ordenamientos procesales extraeuropeos surge la tendencia a una extensión de los poderes de

instrucción del juez, completamente fuera de cualquiera opción ideológica en sentido autoritario. Es p.e. el caso del Brasil, (sobre el cual v. BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 19) y de otros sistemas de América Latina (sobre el cual cfr. PARRA QUIJANO, op. cit., pp. 67 y ss., 93 y ss.).

51 Sobre estas normas cfr. p.e. GRAHAM, Federal Rules of Evidencé, St. Pau.l, Minn., 2003, pp. 302 y ss., 363 y ss.; SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, Federal Rules of Evidence Manual, 2002, 3, pp. 614-2, 706-3 y ss.

52 Se afirma más bien que los jueces sólo deberían ejercerlos en casos excepcionales, para no interferir con las actividades probatorias de las partes: cfr. p.e. GRAHAM, op. cit., p. 302; SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, op. cit., 3, p. 614-3.

53 Cfr. SALTZBURG-MARTIN- CAPRA, op. cit., 3, p. 614-2 y s.

54 Cfr. GRAHAM, op. cit., p. 364 y ss.; SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, op. cit., 3, p. 706-3.

55 En realidad el carácter adversarial del proceso estadounidense depende de actitudes intensamente arraigadas en la cultura jurídica y social norteamericana, que empapan todos los sectores del derecho. Acerca de esto cfr. en particular KAGAN, Adversarial Legalism. The American Way of Law, Cambridge- Mass.-London, 2001, pp. 3 y ss., 9 y ss., 14 y ss., 44 y ss. En particular sobre el carácter adversarial de la justicia civil estadounidense, y sobre los inconvenientes que de ello se derivan, v. ivi, p. 99 y ss.

56 Cfr. VARANO, Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna, Milano, 1973, p. 255, que recuerda (ivi, p. 252) que el juez inglés cuenta con el poder de contar de oficio con la adquisición de testimonios, aunque muy raramente se usa. Se dice generalmente que el juez pueda llamar a un testigo por su propia iniciativa, pero sólo si las partes lo permiten: cfr. CROSS & TAPPER, On Evidencel, London, 2004, p. 308.

57 Cfr. PASSANANTE, La reforma del proceso civile inglese: principi generali e fase introduttiva, en Rivista trimestrale de diritto y procedura civile, 2000, p. 1363 y ss.; ZUCKERMAN, Civil Procedure, London, 2003, p. 34 y ss.; ANDREWS, A New Civil Procedural Code for England: Party-Control [Going, Going, Gone] en 19 CJQ, 2000, p. 19 y ss.; ID., English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System, Oxford, 2003, p. 333 y ss.

58 Cfr. ZUCKERMAN, op. Cit., pp. 375 y ss., 604, 663 y ss.; ANDREWS, English Civil Procedure, cit., p. 778

59 Cfr. ZUCKERMAN, op. Cit., p. 603.

60 Cfr. ZUCKERMAN, op. Cit., p. 219; ANDREWS, op. ult. Cit., p.41.

61 Cfr. ZUCKERMAN, op. cit., p. 640.

62 Cfr. ZUCKERMAN, op. cit., p. 34 y ss.; ID., Court Control and Party Compliance The Quest for Effective Litigation Management, en The Reforms of Civil Procedure, cit., p. 148 y ss.

63 Cfr. ZUCKERMAN, Civil Procedure, cit., pp. 51 y ss., 95 y ss., 101 y ss.

64 Observa justamente FAIRÉN GUILLÉN (La Ley de enjuiciamiento civil de 1881, invariante española (1881-2000), en Ley de enjuiciamiento civil 1881, Milano, 2001, p. XXIX y s.) que se trató de un proceso típicamente liberal, en el que se atribuyó al juez un rol muy reducido, pero con un [tracto inquisitivo final], representado por las diligencias para mejor proveer.

65 Cfr. Los Poderes del Juez Civil, cit., p. 105 y ss.; PICÓ I JUNOY, Los principios del nuevo proceso civil español, en Rev. Per. Der. Proc., VII, 2003, p. 418; VASQUEZ SOTELO, Las diligencias finales, en Instituciones del Nuevo Proceso Civil, Barcelona, 2000, II, p. 549 y ss., el que crítica decididamente el corte restrictivo de la norma en cuestión; en sentido igualmente crítico. Cfr. DÍAZ FUENTES, La prueba en la nueva Ley de enjuiciamiento civil, Barcelona, 2004, p. 108 y ss., que

habla de un paso atrás de la legislación cumplida con la eliminación –debido a una exageración del principio dispositivo- de un instituto procesal eficiente, y con la transformación del juez en una [esfinge inerte].

66 Cfr. Los Poderes del Juez Civil, cit., p. 43 y ss.; PICÓ I JUNOY, op. Cit, p. 419 y ss.; GUZMÁN, op. Cit., p. 165 y ss.

67 Cfr. Los Poderes del Juez Civil, cit., p. 33. No es dudoso, sin embargo, que el nuevo proceso civil español actúa plenamente el principio dispositivo: v. PICÓ I JUNOY, op. Cit., p. 412 y ss.

68 En el sentido que la norma prevea un real poder de instrucción del juez cfr. PICÓ I JUNOY, op. Cit., p. 419 y ss., quien critica la opinión predominante en la doctrina española, según la cual no se trataría de una iniciativa de instrucción en sentido estricto.

69 Al contrario, se afirma que ella es la expresión de una concepción [liberal y garantista]: cfr. MONTERO AROCA, Los principios políticos, cit., p. 57 y ss. En que se ha señalado en el texto: cfr. en este sentido Los Poderes del Juez Civil, cit., p. 35.

70 Cfr. p. e. SIMONS PINO, op. Cit. p. 825 y ss.

71 Para un examen crítico de esta opinión cfr. CAVALLONE, op. Cit., p. 184 y ss.

72 Sobre estaconcepción del proceso cfr. ampliamente DAMMKA, op. Cit., p. 173 y ss. Cfr. también FISS, the Law as It Could Be, New Yoek- London, 2003, pp. 21 y ss., 51 y ss.

73 Cfr. DAMASKA, op. cit., p. 207 y ss.

74 Cfr. DAMASKA, op. cit., pp. 211, 233 y ss., 235 y ss.; FISS, op. Cit., p. 20.

75 Cfr. DAMASKA, op. Cit., p. 239.

76 Ésta es la base fundamental de la búsqueda de psicología de justicia del procedimiento que se han desarrollado en las últimas décadas,

sobre todo en los Estados Unidos. Una útil reseña de estas búsquedas se encuentran en LIND-TYLER, The Social Psychology of Procedural Justice, New Cork- London, 1988, en particualar pp. 30 y ss., 39 y ss., 110 y ss. Cfr. también los ensayos recogidos en el volumen Procedural Justice, ed. By K.F. Rol and S. Machura, Darthmuth, 1997.

77 Ocurre en este sistema la misma cosa que ocurre en el duelo: quien vence merecía vencer (cfr. COUTURE, Estudios de Derecho Procesal Civil, Bueno Aires, 1989, I, p. 310). Análogamente cfr. GUZMÁN, O. cit., p. 153.

78 Acerca de esto cfr. el hoy clásico ensayo de Owen FISS, Against Settlement, ahora en ID., op., cit., p. 90 y ss.

79 Cfr. DAMASKA, op. Cit., p. 212.

80 Cfr. DAMASKA, op. cit., p. 213.

81 Para un análisis más amplio de estas actitudes cfr. TARUFFO, La prova dei fatti giuriditri. Nozioni generali, Milano, 1992, p. 7 y ss.

82 Cfr. LANGBEIN, The Origins pf Adversary Criminal Trial, Oxford-New York, 2003, p. 332 y ss.

83 Cfr. FISS, op. cit., pp. 33 y ss., 35, 51 y ss.

84 Cfr. MONTERO AROCA, Los principios políticos, cit., p. 109; ID., La prueba en el proceso civil, Madrid, 2002, pp. 244, 248.

85 Particularmente eficaces son las críticas desarrolladas por Owen FISS, quien subraya que la teoría del proceso como resolución de los conflictos se basa en un individualismo radical inaceptable en la sociedad moderna, y sobre la [privatización] de los valores en juego en la administración de la justicia. Cfr. ID., op. Cit., pp. 34 y ss, 51 y ss, 55 y ss. Igualmente eficaz es la crítica de OTEIZA, op. Cit., pp. 222y 223, según la cual el proceso liberal, en el que todos los poderes son otorgados a las partes, descuida completamente el valor de la igualdad.

86 Cfr. DUXBURY, Randon justice: on lotteries and legal decisión-making, Oxford, 1999.

87 Cfr. FISS, op. cit., p. 52.

88 El proceso presenta evidentes aspectos rituales, que han sido puestos a menudo en evidencia (cfr. por último CHASE, Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context, New Cork-London, 2005, pp. 114 y ss., 122 y ss. Cfr. también BLL, The Play's the thing; An Unscientific Reflection on Courts Under the Rubric of Theater, en 28 Stanf L. Rev., 1975, p. 100 y ss.; TARUFFO, Il processo civile [adversary]m cit., p. 294 y ss.). El problema no es el de la existencia de estos aspectos, pero si establecer si la función ritual es la única función que el proceso y la asunción de las pruebas pueden desarrollar. Al respecto parece fundada la opinión de CHASE (ivi, p. 122 y ss.), según la cual el proceso desarrolla una doble función: la de solucionar controversias y la simbólica.

89 En este sentido cfr. en part. LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, Neuwied a. Rh., 1969, p. 57 y ss. Cfr. además PETERS, Adjudication as Representation, en 97 Col. L. Rev., 1997, p. 312 y ss.

90 Cfr. WROBLEWSKI, Il sillogismo giuridico e la racionalita della decisione giudiziaria, trad. It. En L'analisi del racionamiento giuridico, al cuidado de la Comanducci e Guastini, Torillo, 1987, p. 284; ID., Theoretical and Ideological Problems of Controlling Judicial Decisions, en ID., Meaning and Truth in Judicial Decisión, Helsinki, 1983, p. 127 y ss.; ID., Ideología de la aplicaión judicial del derecho, en ID., Sentido y hecho en el derecho, México, 2001, p. 67 y ss.

91 Cfr. en part. FISS, op. Cit., p. 30. Sobre las características del proceso orientadas a la realización de policies cfr, en general, DAMASKA, op. Cit., p. 249 y ss.

92 En particular, sobre las muchas condiciones de justicia de la decisión judicial, cfr. TARUFFO, Sui confini, cit., p. 219 y ss.

93 Cfr. WILLIAMS, Truth and Truthfulness. An Essay on Genealogy, Princeton Oxford, 2002, p. 1 Particularmente interesante es el análisis que Williams dedica al papel que la verdad desarrolla en la sociedad

liberal: cfr. ibidem, p. 206 y ss. (sobre este aspecto del pensamiento de Williams cfr. LUKES, Verità e potere, en La venia Scienza, filosofía e societá, al cuidado de Borutti e Fonnesu, Bologna, 2005, p. 159 y ss.; CARTER, Verità e potere in Williams e Lukes, ivi, p. 177 y ss.

94 Cfr, más ampliamente TARUFFO, op. Ult. Cit., p. 225 y ss.; ID., La prova, cit., p. 43 y ss. En sentido análogo es el pensamiento de varios autores, entre los que están: ATIYAH-SUMMERS, Form and Substance in Anglo-American Law, Oxford, 1987, p. 157 ss.; FRANK, Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice, Princeton, 1950, p. 95 y ss.; PICÓ I JUNOY, op. cit., p. 416.

95 Cfr. en efecto, p.e., CALAMANDREI, La genesi logica della giustizia civile, en ID., Opere giuridiche, I, Napoli, 1965, p. 25.

96 No es el caso de afrontar aquí los problemas de orden filosófico que conciernen a los varios conceptos de verdad. Indicaciones muy útiles para un panorama actual de estos problemas se encuentran en los ensayos de CASTELLANI, MASSIMI, PARRINI y BORUTTI, publicados en La verità, cit., pp. 13 y ss., 63 y ss., 121 y ss.

97 Sobre esta objeción, a menudo recurrente en los discursos que se hacen alrededor de la prueba y a la decisión judicial, v. más ampliamente TARUFFO, La prova, cit., pp. 8 y ss., 24 y ss. Para un ejemplo reciente de esta actitud cfr. MONTERO AROCA, supra, nota 84.

98 Cfr. p.e. FISS, op. Cit., p. 25.

99 Es oportuno evitar ocuparse en esta sede de las rancias y a menudo inútiles discusiones relativas a la distinción entre verdad absoluta y verdad relativa. Basta recordar que de verdades absolutas se hablan ya sólo en el ámbito de alguna religión o alguna metafísica, mientras todas las otras verdades no son sino relativas. Por consiguiente, también la verdad que se consigue en el proceso no puede sino ser relativa, o sea dependiente del contexto procesal y de los datos probatorios sobre los que se basa. Esto no implica, sin embargo, que de verdad se pueda y se tenga que hablar en el proceso, en el que la verdad constituye

un necesario ideal regulativo que orienta la actividad probatoria y la comprobación de los hechos. Para más amplios desarrollos de estos problemas cfr. TARUFFO, La prova, cit., pp. 58 s., 143 y ss. En particular, sobre la verdad como concepto dotado de valor regulativo, cfr. PARRINI, Verità e realtà, en La verità, cit., p. 92 y ss. Sobre el problema de la verdad en el proceso, y en particular para la crítica a la tradicional cuanto infundada distinción entre verdad formal y verdad material, cfr. FERRER BELTRÁN, Prueba y verdad en el derecho, Madrid-Barcelona, 2002, espec. pp. 41 y ss., 68 y ss.

100 Para una indicación en este sentido cfr. CHIARLONI, II presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alíe recentissime riforme e proponte di riforma, en Rivista trimestrale de diritto y procedura civile, 2004, p. 471. En la amplia literatura sobre el [justo proceso] cfr. en part. COMOGLIO, Etica e tecnica del [giusto processo], cit., passim, también para ulteriores indicaciones bibliográficas.

101 En este sentido cfr. p.e. PARRA QUIJANO, op. Cit., p. 9 y ss.; OTEIZA, op. p. 227.

102 Cfr. p.e. LANDSMAN, The adversary, System. A Description and Defense, Washington-London, 1984, p. 5, 36; WALPIN, America's Adversarial and Jury Systems: More Likely To Do Justice, en 26 Harv. J. Law & Publ. Pol., 2003, pp. 175 y ss.

103 Cfr. LANGBEIN, op. loc. Cit.

104 Cfr. JOLOWICZ, Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure, en Int. Comp. L.Q., 2003, pp. 2 y ss.

105 Sobre la obvia [conmoción] del abogado, que siente la parcialidad con respecto al empleo de las pruebas y a la reconstrucción de los hechos, v. más ampliamente TARUFFO, Involvement amd Detachment in the Presentation of Evidence, en The Eyes offustice, ed. By R. Kevelson, New Cork et al., 1993, p. 267 y ss.

106 Cfr. p.e. JOLOWLCZ, The Woolf Report and the Adversary system, en CJQ, 1996, p. 199 y ss. En sentido análogo cfr. ZUCKERMAN,

Civil Procedure, cit., p. 6, quien subraya que el objetivo de permitir la comprobación de la verdad ha estado entre las razones fundamentales de la reforma procesal inglesa, recuerda que la concepción de la verdad como condición de la justicia de la decisión es recurrente en la cultura jurídica inglesa.

107 Para un ejemplo de esta concepción cfr. MONTERO AROCA, Los principios políticos, cit., p. 55.

108 Para un panorama comparativo al respecto cfr. PERROT, Le droit á la preuve, en Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmüffige Ordnung, Bielefeld, 1983, pp. 91 y ss.

109 En la doctrina italiana cfr., en particular, LIEBMAN, Fondamento del principio dispositivo, en ID., Problemi del processo civile, Napoli, 1962, p. 12, que afirma que [hace falta, para que el juicio sea cumplido rectamente, también asegurar psicológicamente la imparcialidad de la persona física que ha confiado en el proceso]. Se trata, sin embargo, de una opinión a la que a menudo se recurre en la doctrina italiana: cfr. p.e. FAZZALARI, L´imparzialita del giudice civile, en Riv, dir. proc.., 1972, p. 193 y ss.; MONTESANO, Le prove disponibili d´ufficioe I´imparzialit del giudice civile, en Rivista trimestrale de diritto y procedura civile, 1978, p. 189 ss. También en la doctrina norteamericana esta tesis representa un tipo de lugar común: cfr. p.e. LANDSMAN, op. Cit., pp. 2 y ss., 37: SALTZBURG, The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge, en 64 Virg. L. Rev., 1978, p. 17; FULLER, The Adversary System, en ID., Talks on American Law, New York, 1961, p. 39 y ss.

110 Cfr., en particular, LIEBMAN, op. cit., p. 13, quien cree que no se pueda dudar [que la imparcialidad del juez arriesga verse comprometida cuando él tenga que juzgar una prueba por él mismo elegida y buscada y por su iniciativa adquirida al proceso].

111 La [incompatibilidad psicológica entre búsqueda y decisión] de la que habla p.e. LIEBMAN, op. cit., p. 13, no sólo es demostrada, sino –si fuera verdadera- pondría en crisis todos los sectores de búsqueda científica, en el que es normal que quien desarrolla la búsqueda presenta los resultados

como válidos en cuanto son confirmados por su búsqueda. No se puede pensar, en realidad, que el resultado de búsquedas o experimentos sea invalidado por el mero hecho de ser formulado por las mismas personas que han desarrollado las búsquedas o efectuando los experimentos. La validez de un descubrimiento científico no depende de la circunstancia de que su resultado sea formulado por personas diferentes por las que han desarrollado las relativas búsquedas, sino de las razones y de las pruebas que sustentan la autenticidad del descubrimiento. No están claras las razones por las cuales lo que vale para cualquier sujeto que llega conclusiones de informaciones por él mismo buscadas y descubiertas, no puedan valer en cambio para el juez que valora la autenticidad de una prueba dispuesta de oficio.

112 Sobre el debate y sobre la motivación como métodos por un control racional sobre la valoración de las pruebas v. más ampliamente TARUFFO, La prova, pp. 401 y ss., 408 y ss.